This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

3 2044 103 258 117

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Mar. 5, 1900.

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE.

Paris. — Imprimé par E. Thunot et Cᵉ, rue Racine, 26.

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

TROPLONG
Premier président à la Cour de cassation, Membre de l'Institut.

L. WOLOWSKI
Membre de l'Institut.

PAUL PONT
Docteur en droit. Juge au Tribunal de la Seine.

ANCIENS DIRECTEURS DE LA REVUE CRITIQUE ET DE LA REVUE DE LÉGISLATION;

FAUSTIN HÉLIE
Membre de l'Institut, Conseiller à la Cour de cassation.

NICIAS GAILLARD
Président de chambre à la Cour de cassation.

LAFERRIÈRE
Membre de l'Institut, Inspecteur général des Facultés de droit.

DE VALROGER
Professeur de l'histoire du droit à la Faculté de Paris.

COIN-DELISLE
Avocat à la Cour impériale de Paris.

AVEC LA COLLABORATION DE MM.

DELANGLE
Premier président de la Cour impériale de Paris.

DE ROYER
Procureur général à la Cour de cassation.

ROULAND
Ministre de l'instruction publique.

DEMOLOMBE
Doyen de la Faculté de droit de Caen.

CH. GIRAUD
Membre de l'Institut et Professeur à la Faculté de droit de Paris.

E. LABOULAYE
Membre de l'Institut, Professeur au collége de France.

FL. MINERET
Avocat au Conseil d'État, à la Cour de cassation et du Ministère de l'intérieur.

MOLINIER
Professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

ORTOLAN
Professeur de législation pénale comparée à la Faculté de droit de Paris.

KŒNIGSWARTER
Membre correspondant de l'Institut.

REVERCHON
Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

BERGSON
Docteur en droit.

JOUSSELIN
Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

TOME IX. — 6me ANNÉE.

PARIS,

COTILLON, ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT,

Au coin de la rue Soufflot, 23.

1856

Rec. Mar. 5, 1900.

REVUE CRITIQUE

DE LÉGISLATION

ET DE JURISPRUDENCE.

RÉGIME DOTAL. — OBLIGATIONS DE LA FEMME. — EXÉCUTION.

Les obligations contractées par une femme mariée sous le régime dotal peuvent-elles être exécutées, après le mariage, sur les biens dotaux?

Dissertation par M. J.-E. Labbé, docteur en droit,
avocat à la Cour impériale de Paris.

1. La Cour impériale de Paris vient d'avoir à résoudre une question importante, relative au régime dotal et sur laquelle les avis sont très-partagés : c'est celle de savoir si un immeuble dotal ou le prix d'un immeuble dotal peut être saisi, après la dissolution du mariage, pour une dette contractée par la femme durant le mariage [1]. Sur cette question se sont élevées un très-grand nombre d'opinions diverses. Le simple exposé de ces opinions prouvera la difficulté du sujet.

2. Généralement, auteurs et tribunaux ont pensé que les dettes contractées par la femme durant le mariage ne devaient pas pouvoir, après le mariage et la femme survivant, être exécutées sur les biens qui avaient été dotaux, et comme tels inaliénables et insaisissables. Car l'inaliénabilité a été établie dans l'intérêt de la femme, et celle-ci n'eût pas été protégée efficacement, si la loi n'avait fait qu'imposer un sursis à la poursuite du créancier. Celui-ci n'en aurait pas moins consenti à prêter de l'argent à la femme sur la valeur de ses biens dotaux. Seulement il aurait pris en considération, dans les conditions de son contrat, la perspective d'un délai incertain. Par conséquent, le mari aurait pu facilement profiter du crédit que donnait à la femme sa fortune

[1] V. la *Gazette des tribunaux* du 11 juin 1856 et du 17 juin 1856.

dotale même immobilière, en persuadant à celle-ci de s'obliger avec lui ou pour lui. La ruine de la femme par suite de sa soumission à son mari, eût été différée, mais non prévenue, et les garanties du régime dotal, pour la conservation de la dot, eussent été illusoires.

3. Mais que décider si la femme meurt dans le mariage et transmet sa dot à des héritiers? Il y a des arrêts qui ont soutenu que les biens rentraient alors sous la loi commune et devenaient saisissables pour toute dette valablement contractée; or la femme a été parfaitement capable de s'obliger avec autorisation durant le mariage[1].

4. D'autres ont distingué : les héritiers sont-ils des descendants ou des collatéraux? S'ils sont des enfants ils pourront, comme la femme, invoquer, après le mariage, les conséquences de l'inaliénabilité. Car le législateur, en organisant les prohibitions du régime dotal, a eu en vue de protéger non-seulement la femme, mais encore les enfants à naître du mariage. La dot de la femme doit être pour les enfants un patrimoine assuré et un refuge dans le cas où la fortune de leur père ferait naufrage. La pensée de l'avenir des enfants est au fond de toutes les dispositions et précautions prises par la femme ou par sa famille contre les folies et les malheurs du mari[2]. Mais lorsque la femme meurt sans postérité, lorsque les biens de la femme passent à des collatéraux ou à des étrangers appelés par testament, pourquoi maintenir les sévérités du régime dotal? Il n'y a plus personne qui ait qualité pour en invoquer le bénéfice. Le droit commun doit reprendre son empire. Si le législateur avait pu prévoir cet avortement du mariage, certes il n'aurait pas dérogé au préjudice des tiers à la règle ordinaire de l'aliénabilité.

5. Une autre distinction a été proposée : c'est la manière dont les héritiers ont accepté la succession de la femme qui décidera du maintien des effets de l'inaliénabilité. Si les héritiers ont accepté cette succession purement et simplement, ils se sont rendu propre la dette contractée par leur auteur. Ils ont confondu les biens dotaux avec leurs propres biens. Par cette confusion, l'origine de la dette et l'origine des biens ont disparu. Les héritiers ont consenti à exécuter les dettes de la succession

[1] Toulouse, 29 nov. 1834. Comparez Paris, 13 mars 1821.

[2] Paris, 12 juin 1833. Comp. l'arrêt de la même Cour, du 9 juin 1856, *Gazette des tribunaux* du 11 juin 1856.

de leur mère ou de leur parente sur tous leurs biens actuellement saisissables ; or les immeubles autrefois dotaux sont aujourd'hui parfaitement susceptibles d'aliénation et de saisie.

Voulaient-ils conserver à leur profit les conséquences du régime dotal? Ils devaient, par une acceptation sous bénéfice d'inventaire, laisser à la dette son caractère de dette de femme dotale, grevant un patrimoine qui a été et qui reste pour la liquidation du passé sous le poids des prohibitions de ce régime[1].

6. Enfin, la Cour impériale de Paris attache à un autre fait la cessation du régime prohibitif de la dotalité. Admettons qu'après la dissolution du mariage les immeubles dotaux ne puissent pas être saisis pour une obligation contractée par la femme durant le mariage, sans qu'il y ait à rechercher la qualité de ceux qui succèdent, sans rechercher non plus comment ils ont accepté la succession. Au moins si le propriétaire actuel de ces biens les vend à l'amiable et volontairement, l'argent qu'il touche, pour prix de la vente, est saisissable. Ce prix n'est pas dotal, puisque le mariage n'existe plus ; les écus ne sont pas subrogés par la loi à la chose vendue ; ils ne sauraient être affectés des suites de l'inaliénabilité. L'obstacle que la qualité de l'immeuble opposait aux poursuites du créancier cesse d'exister, et la conversion de cet immeuble en argent a fait acquérir à l'héritier une propriété nouvelle, libre, et accessible à l'action du créancier[2].

7. Voilà tous les systèmes qui font survivre au mariage, dans une mesure plus ou moins large, les entraves de l'inaliénabilité. Un jurisconsulte éminent, dont les opinions jouissent de la plus grande autorité, s'est prononcé dans un sens tout différent[3]. Le fonds dotal cesse avec le mariage d'être inaliénable, il cesse d'être insaisissable, il cesse à tous égards d'être hors du droit commun, car il n'y a plus de dot. Ce fonds peut donc être saisi pour toute obligation légitime de la femme. Or la femme, quoique engagée dans les liens de la dotalité, a pu valablement s'obliger avec autorisation. L'action du créancier était paralysée, non par une infirmité du droit de créance, mais par une affectation spé-

[1] Toulouse, 29 nov. 1834. — Caen, 10 janv. 1842 ; *J. Pal.*, 43, 1, 82. — Toulouse, 24 mai 1843, arrêt rapporté avant celui de la Cour de cassation qui le casse ; Devill., 47, 1, 194.

[2] Arrêt du 9 juin 1856 ; *Gazette* du 11 juin 1856.

[3] M. Troplong, *Comm. du contrat de mariage*, n°s 3312 et suiv.

ciale et temporaire de certains biens aux charges du mariage. Cette affectation disparaît avec le mariage, et la poursuite du créancier ne rencontre plus d'obstacle. Il en était autrement dans notre ancienne France, lorsque le S.-C. Velléien ajoutait sa défense aux rigueurs du régime dotal. La femme qui s'obligeait pour son mari faisait un acte nul. Elle ne conférait aucun droit valable au créancier, et ce n'était pas seulement les biens dotaux, mais aussi les biens paraphernaux qui ne pouvaient pas être saisis par ce dernier. Comme l'empêchement dérivait de la nullité de la dette, il était radical et perpétuel. Ce Sénatus-Consulte a, depuis longtemps, été abrogé en France comme contraire au commerce, et comme plaçant la femme mariée dans une funeste impuissance. Toutefois l'illustre magistrat, dont nous analysons l'opinion, soupçonne que c'est un souvenir confus de cet état d'incapacité personnelle, qui a fait prolonger au delà du mariage les effets d'une inaliénabilité toute réelle et temporaire.

8. Quelle opinion faut-il adopter?

Il est incontestable que si la validité d'une obligation s'examine au moment où elle se contracte, la saisissabilité d'un bien s'examine au moment de la poursuite du créancier. Le créancier qui peut saisir des biens acquis par son débiteur, depuis son contrat d'obligation, peut également saisir des biens qui, au moment de ce contrat, étaient insaisissables, pourvu que la cause de cette entrave au droit de saisie ait disparu avant le commencement des poursuites.

Il est incontestable que le mariage, en se dissolvant, fait cesser la dotalité, l'inaliénabilité, l'insaisissabilité. Il est certain que les biens auparavant dotaux sont, désormais et pour tous les actes qui suivront la dissolution, placés sous l'empire du droit commun.

Il est incontestable qu'une femme mariée sous le régime dotal est, en général, capable de s'obliger; que l'obligation par elle contractée est valable en elle-même, et abstraction faite des biens sur lesquels elle s'exécutera.

Il faut reconnaître, en outre, qu'invoquer l'intérêt de la femme et des enfants à ce que leurs biens jadis dotaux ne soient pas saisis, montrer que le but du régime dotal, à savoir la conservation de la dot, ne serait pas atteint si la femme, en contractant, pouvait donner à ses créanciers la certitude ou l'espérance de saisir les biens dotaux après le mariage, c'est faire valoir

une considération très-puissante, mais qui n'a pas la force irrésistible d'un argument, c'est-à-dire d'une conséquence tirée d'un principe. C'est risquer de ne pas convaincre ceux qui regardent les règles du régime dotal comme des anomalies difficiles à justifier.

9. Tout cela est, à mon avis, incontestable, et M. Troplong triomphe pleinement de ceux qui méconnaîtraient ces principes.

Mais cela résout-il notre question? j'en doute. Pourquoi l'immeuble dotal est-il en général inaliénable? Est-ce par un motif tiré de sa situation, de son utilité, de sa nature? — Non, c'est par un motif tiré de la situation de la femme. C'est parce que la femme est, en fait, sous l'ascendant de son mari; c'est parce que, en fait, une femme qui a confiance en son mari ou qui ne veut pas troubler la paix de son intérieur, aliène, promet, s'oblige sous la seule inspiration de son mari. C'est parce qu'on a voulu que la femme ne fût pas victime de sa confiance ou de sa faiblesse. Voilà pourquoi le fonds dotal a été déclaré inaliénable.

10. Le législateur ne croit pas, il est vrai, que toute femme mariée ait absolument besoin de cette protection contre les dissipations et les entraînements de son mari. Il croit que si le mari a été prudemment choisi, si la femme ou sa famille ont cherché toutes les garanties morales que le caractère, l'éducation, le passé peuvent donner, la femme peut, sans danger, lier intimement sa fortune, comme son existence, à celle de son époux. Elle ne sera pas à l'abri de toute perte et de tout malheur; mais stimulée par son intérêt, elle identifiera son sort avec celui de son mari, et s'efforcera, par son dévouement et son intelligence, de prévenir ceux que la prudence humaine peut conjurer. Telle est l'essence du régime de communauté, que le législateur présente à l'adoption des époux; mais, en même temps, il comprend que les familles aient plus de crainte et plus de défiance. Il comprend et permet que, par des mesures exceptionnelles, la femme soit protégée contre l'influence du mari et contre son esprit d'entreprise ou de dissipation, et soit placée dans l'impossibilité de perdre au moins une partie déterminée de sa fortune. Le principe du régime dotal est donc dans la situation personnelle de la femme, dans sa faiblesse et son inexpérience. L'interdiction d'aliéner est donc une règle de capacité, et l'on pourrait traduire ainsi la disposition de l'article 1554 : La femme mariée sous le régime dotal est dans

l'incapacité d'aliéner, directement ou indirectement, le fonds qui lui a été constitué en dot.

11. Écoutez, en effet, les législateurs qui ont établi et les jurisconsultes qui ont expliqué l'inaliénabilité du fonds dotal; vous entendrez exposer les idées sur lesquelles nous venons d'insister.

Quel est le motif qui a inspiré à Justinien d'étendre les prohibitions de la loi *Julia* dans des limites adoptées par les législations modernes? Le voici : *Ne* (*uxor*) *fragilitate naturæ suæ in repentinam deducatur inopiam* (L. unic., § 15, C., *De rei uxoriæ actione*, 5, 13). Il dit ailleurs, pour justifier une défense analogue, celle d'aliéner les immeubles donnés *propter nuptias* par ou pour le mari à sa femme : *Muliere quippe mariti seductionibus facilè deceptâ et propria negligente jura.* (Nov. 61, cap. 1, § 2.)

12. Un de nos auteurs les plus judicieux des pays de droit écrit, d'Olive, discutant la question de savoir si l'aliénation du bien dotal est invalide, non-seulement pour le regard du mari, mais aussi pour le regard de la femme, appuie la solution affirmative sur la raison de l'empereur Justinien que nous venons de citer, « laquelle, dit-il, embrasse généralement l'un et l'au-» tre cas, et qui concerne également l'intérêt de la femme, à » laquelle il importe, par une heureuse impuissance, d'être em-» pêchée de disposer de sa constitution dotale, et qu'elle soit » mise en un état dans lequel la fragilité de son sexe se trouve » à couvert des inductions qu'on pourrait exercer sur son es-» prit imbécile pour la porter à se dépouiller de sa dot. Justi-» nien, passionné pour l'intérêt des femmes, a traité si favora-» blement les dots, qu'il les a considérées comme chose sacrée, » les rendant imprescriptibles et inaliénables et les mettant hors » du commerce des hommes. En ce concours de faveurs et de » la personne et de la chose, il n'y a point d'apparence qu'on » fasse jamais valoir cette aliénation, quoique l'intérêt du mari » vienne à cesser, parce que celui de la femme reste toujours[1]. »

13. Notre législateur, en se décidant à maintenir la règle de l'inaliénabilité de la dot, en a nécessairement conservé le caractère et les motifs. « L'inaliénabilité de la dot, » dit M. Siméon,

[1] Lib. III, ch. 29. — Ce passage est cité dans le *Commentaire du contrat de mariage* de M. Troplong, dont les ouvrages sont si riches en documents précieux sur l'ancien droit.

présentant au Corps législatif le vœu du Tribunat, « modifiée » par les causes qui la rendent juste et nécessaire, et que la loi » exprime, a l'avantage d'empêcher qu'un mari dissipateur ne » consume le patrimoine maternel de ses enfants; qu'une femme » faible ne donne à des emprunts et à des ventes un consente- » ment que l'autorité maritale obtient presque toujours, même » des femmes qui ont un caractère et un courage au-dessus du » commun. »

Je le demande : ne devait-il pas découler un régime d'incapacité personnelle de semblables considérations sur la faiblesse de la femme mariée, sur sa dépendance, et le peu de liberté avec lequel elle consent aux propositions de son mari?

14. Il faut avouer qu'une incapacité qui peut être restreinte à une partie de la fortune de l'incapable, qui n'existe que relativement à certains biens, offre à l'esprit quelque chose de bizarre. Mais remarquez que le législateur ne croit pas à la réalité constante et absolue de cette infirmité, ou, comme disaient nos anciens auteurs, de cette imbécillité de caractère de la femme soumise à un époux; autrement il en aurait fait sortir une règle générale et de droit commun; il aurait protégé la femme contre son mari, comme il protége tous les vrais incapables, par des dispositions impératives. Dans notre matière, il condescend aux inquiétudes des familles; il abandonne à leur volonté le soin d'entourer la femme de garanties exceptionnelles. Mais aussi il leur laisse la liberté d'étendre ou de limiter ces dérogations au droit commun, tolérées à regret, à une fraction quelconque du patrimoine de l'épouse. Ce qui serait ailleurs une étrange exception prend ici le caractère d'un retour au droit commun.

15. Je sais aussi que nos anciens auteurs se demandaient si la loi *Julia de fundo dotali* était un statut réel ou personnel. Ils la regardaient généralement comme un statut réel, et en concluaient qu'une femme domiciliée à Paris ne pouvait pas disposer des biens qu'elle avait en Normandie [1]. Cela ne contredit en rien tout ce que j'ai soutenu jusqu'à présent. Il est certain que dans notre ancien droit le régime dotal avec ses rigueurs reposait sur une double base : la protection de la femme mariée

[1] V. Merlin, *Répert.*, v° *Sénatus-consulte Velléien*, § 2, et M. Troplong, *op. cit.*, n° 3317.

contre les suggestions de son conjoint, et l'ordre public considéré comme intéressé à la conservation des dots. C'est à cause de ce second motif qui s'ajoutait au premier et ne le détruisait pas, que les parties n'étaient pas libres d'accepter ou de répudier ce régime, et qu'on donnait à la loi qui établissait ce régime le caractère d'un statut réel[1].

16. Je me suis attaché exclusivement au premier point de vue, et j'ai fait ressortir l'idée de protection d'un être faible et la règle d'incapacité qui en résulte, d'abord parce que cette règle engendre naturellement une nullité radicale qui survit au mariage, lors même qu'il n'y a plus ni femme ni enfants, et que c'est là le point décisif dans notre question; ensuite parce que toute considération d'intérêt public a disparu d'une législation dans laquelle ceux qui se marient sont libres de choisir entre plusieurs régimes, dont le régime dotal n'est pas même le plus favorable aux yeux de la loi.

Aussi me paraît-il évident que si une femme étrangère se mariait sous un régime dotal n'admettant pas l'inaliénabilité de la dot d'une façon aussi étendue qu'en France, et acquérait des biens dans notre pays, elle ne pourrait réclamer, même en France, que le bénéfice de sa loi nationale servant à interpréter son contrat de mariage.

17. Quoi qu'il en soit de cette question, distincte de la nôtre, je crois avoir prouvé que sous l'interdiction d'aliéner directement ou indirectement le fonds dotal, se place l'idée de défendre la femme mariée contre sa propre faiblesse, et qu'un acte fait en violation de cette loi est nul pour incapacité. Je crains vraiment d'avoir trop insisté; car est-il contesté que l'aliénation de l'immeuble dotal consentie par la femme avec autorisation de son mari, soit frappée d'une nullité relative concernant la femme ou ses héritiers, d'une nullité susceptible de se couvrir après le mariage par une ratification et par le laps de dix ans[2]? Or une telle nullité ne peut dériver que d'une disposition prise dans l'intérêt privé de la femme, fondée sur ce qu'elle n'est pas capable de donner un consentement parfait.

18. De même quand la femme dotale s'est obligée avec autorisation, pourquoi le créancier ne peut-il pas saisir un immeu-

[1] Basnage, sur l'article 359 de la coutume de Normandie. — Guyot, *Répert.*, v° *Dot.*, § 7.

[2] MM. Duranton, XV, 528. — Zachariæ, t. III, § 537, p. 578.

ble dotal? Est-ce parce que cet immeuble est en lui-même et absolument insaisissable? Non; car il peut être saisi pour des dettes antérieures au mariage (art. 1558 C. Nap.); il peut, du moins je le crois, et M. Troplong le soutient[1], être saisi pour des dettes résultant de délits commis par la femme. Mais il ne peut pas être saisi pour une dette contractée volontairement par la femme depuis son mariage, parce que celle-ci est incapable de l'aliéner, parce qu'elle est incapable de conférer à un créancier le droit de le mettre en vente, parce que l'influence du mari est également à craindre, soit que la femme aliène, soit qu'elle emprunte en autorisant à saisir; que, dans les deux cas, c'est la valeur mobilisée du fonds dotal qui va passer dans les mains suspectes du mari. Voilà pourquoi le créancier n'a pas d'action sur ce bien qui est dans le commerce, mais que la femme est incapable d'aliéner.

19. Si telle est la raison qui empêche le créancier d'agir, quel changement amènera la dissolution du mariage? Est-il moins vrai, après qu'avant cette époque, que la femme a été incapable de conférer au créancier le droit d'exproprier le fonds dotal; qu'elle a été incapable de s'obliger en tant que l'obligation serait exécutée sur ses immeubles dotaux; que l'obligation contractée est réputée l'avoir été sur les conseils peut-être intéressés du mari, par une femme qui ne voyait alors que par les yeux de son mari? Non; et cette infirmité originaire de l'obligation ne peut s'effacer avec le temps. L'immeuble dotal est devenu aliénable; ce qui veut dire que la femme a la liberté de l'aliéner par des actes nouveaux, de s'exposer à le perdre par expropriation en s'obligeant envers de nouveaux créanciers. Mais tout ce qu'elle a fait durant le mariage, ayant trait à sa dot, est frappé d'une nullité relative qu'elle ou ses représentants feront valoir dans les délais de l'article 1304.

20. La femme mariée sous le régime dotal est capable de s'obliger. — Oui. — L'obligation qu'elle contracte est valable en elle-même. — Je ne le nie pas. Cette femme avait sa fortune paraphernale, dont elle avait la faculté de disposer, et qu'elle pouvait donner en gage à ses créanciers. N'eût-elle eu aucun bien paraphernal, eût-elle constitué en dot tous ses biens pré-

[1] *Contr. de mar.*, n° 3319. — Zachariæ, t. III, p. 583. — MM. Rodière et Paul Pont, t. II, n° 538.

sents et à venir, elle n'en eût pas moins eu la capacité de s'obliger. Elle est dans la position d'un débiteur qui n'a pas de biens et qui n'a pas l'espérance d'en acquérir. Qu'est-ce que cela fait à la validité de l'obligation, si le créancier consent? Elle peut payer sur ses revenus; elle a la chance d'acquérir des biens nouveaux après la dissolution du mariage. Elle aura peut-être, quand elle sera rendue par ce fait à la liberté, la volonté de ratifier l'obligation qu'elle a contractée, et qui était annulable en tant qu'elle portait sur ses biens dotaux. Cela suffit pour que son obligation soit en général et d'une manière abstraite valable; mais, relativement aux biens dotaux elle est nulle, nulle pour incapacité.

J'en conclus que cette nullité peut être invoquée même après la dissolution du mariage.

21. Un exemple fera ressortir avec plus d'évidence la différence qu'il y a entre l'impuissance, pour un créancier, de saisir un bien par cela seul que ce bien est insaisissable, et l'impuissance de saisir qui tient à ce que le débiteur n'était pas capable de disposer d'un de ses biens.

Un débiteur réduit à la misère n'a plus que les biens que la loi défend de saisir, quelques vêtements, un coucher, des livres et instruments de travail. Dans cet état il contracte, il emprunte, il s'oblige. Le créancier ne peut rien saisir, non que le débiteur fût incapable, mais parce que la loi s'oppose à l'exercice d'un droit inhumain. Le débiteur meurt; sa succession est vacante ou acceptée sous bénéfice d'inventaire. L'insaisissabilité n'a plus de cause; elle s'évanouit, et le créancier qui a contracté à une époque où le débiteur n'avait que des biens insaisissables, aura le droit de se faire payer sur le prix de ces biens. Voilà une hypothèse où il faut appliquer la règle que la saisissabilité d'un bien s'examine au moment de la poursuite, et non pas au moment de l'obligation. Ce débiteur n'est pas incapable. Le législateur ne se propose pas de le protéger contre une influence abusive s'exerçant sur lui au moment où il contracte; il veut seulement lui conserver certains objets nécessaires à son existence.

Mais dans notre espèce quelle différence! S'agit-il, dans le régime dotal, des biens en eux-mêmes et de l'utilité spéciale qu'ils présentent? Non. Le législateur arrête-t-il, comme dans le cas précédent, l'action de tous les créanciers, à quelque

époque qu'ils aient contracté? Non; les créanciers antérieurs à la constitution de dot ne souffrent pas de l'inaliénabilité (art. 1558 C. Nap.). C'est lorsque l'obligation a été contractée par la femme en état de mariage, et à cause des circonstances qui ont ôté à la femme la plénitude de son indépendance, que le créancier ne peut pas saisir les biens dotaux de sa débitrice.

22. L'ancien droit est invoqué contre l'opinion que je défends. Mais la doctrine ancienne ne présente pas d'uniformité sur ce point; car si, d'une part, le président Favre[1], et d'après lui Despeisses[2] et Guy Rousseau de Lacombe[3], soutiennent que l'action des créanciers de la femme n'est arrêtée, relativement au fonds dotal, que pendant le mariage, le sentiment contraire est embrassé par Henrys[4], Boucheul[5], Aguier[6] et Roussilhe[7]. Henrys nous dit que la jurisprudence du parlement de Paris, pour les provinces de droit écrit qui en ressortaient, s'était fixée dans le sens qu'il adopte. Il cite plusieurs arrêts, entre autres un très-explicite sur la question : « La Cour a déclaré et déclare » tous les biens constitués en dot à ladite Feron par son contrat » de mariage, ou les biens mobiliers aussi à elle appartenants, » dont elle pourra justifier que sondit mari a été chargé....., » non sujets aux dettes et hypothèques par elles contractées » pendant ledit mariage, sans que les créanciers de ladite Fe- » ron, pour raison desdites dettes ainsi contractées, aient pu » valablement, pendant la vie dudit Mamejan, *ou depuis son* » *décès, puissent ci-après* la troubler ou empêcher en la propriété » et jouissance desdits biens dotaux....., ni la contraindre par » corps, pour ce regard; sauf à eux à se pourvoir sur les autres » biens de ladite Feron non dotaux qui lui peuvent ou pourront » lui appartenir[8], et sans préjudice des autres dettes non con- » tractées pendant ledit mariage. »

23. Roussilhe contient sur notre question un passage à mon

[1] *Ad Cod.*, lib. V, tit. 7, défin. 6, n° 1.
[2] Tit. *De la dot*, sect. 2, n° 21.
[3] V° *Dot*, part. II, sect. 3, n° 6.
[4] Lib. IV, quest. 141.
[5] Cout. de Poitou, art. 230, n°s 58 et suiv.
[6] *Arrêts notables*, t. I, p. 98.
[7] *De la dot*, t. I, p. 386 et suiv.
[8] Ceci prouve surabondamment qu'il ne s'agit pas de dettes nulles par application du sénatus-consulte Velléien. Ce sénatus-consulte était aboli depuis 1606 dans les provinces de droit écrit relevant du parlement de Paris.

avis fort important. Il cite l'article 3 du titre 14 de la coutume d'Auvergne, conforme à la disposition des lois romaines; puis il ajoute : « L'annotateur de Prohet sur cet article dit que, sui-
» vant la jurisprudence, les contrats qui contiennent aliénation
» ou obligation des biens dotaux sont déclarés nuls sans qu'il
» soit besoin de lettres de rescision, et cite un arrêt de mars
» 1738. Cet arrêt fut rendu entre la veuve Paye, domiciliée en
» Auvergne, et la veuve Cussières, sur l'appel d'une sentence
» de la sénéchaussée de Clermont qui entérinait les lettres de
» rescision que la veuve Paye avait prises contre un contrat de
» constitution de rente qu'elle et son mari avaient consenti au
» profit du sieur Cussières, fondée sur les lois citées. L'arrêt
» infirma la sentence en ce qu'elle avait entériné les lettres,
» émendant, sans s'arrêter aux lettres, déclara nul le contrat
» de rente en ce qui concerne les biens dotaux de la femme
» obligée avec son mari. »

La difficulté relative aux lettres de rescision n'a plus pour nous d'intérêt; mais ce qui est fort intéressant et d'un grand poids à mes yeux, c'est de trouver exprimée nettement la cause pour laquelle les biens dotaux ne peuvent pas être saisis pour une dette contractée par la femme durant le mariage. La cause est non pas dans l'insaisissabilité intrinsèque des biens, mais dans la nullité du contrat en ce qui concerne les biens dotaux de la femme. La dissolution du mariage peut bien effacer la dotalité et l'inaliénabilité des biens, mais non la nullité d'un contrat formé en état d'incapacité.

24. Voilà quelle était l'ancienne jurisprudence française. Faut-il lui préférer la jurisprudence du sénat de Chambéry attestée par le président Favre? « *Non potest exsecutio fieri per creditorem*
» *in bonis dotalibus pro debito uxoris quandiu constat matrimo-*
» *nium, nisi debitum præcedat dotis constitutionem;* » puis il met en note : « *Itaque cogendi sunt creditores mulieris exspectare*
» *dissolutionem matrimonii. Ita senatus sæpius.* » Rien de plus qu'une simple affirmation sans preuve, sans raisonnement à l'appui. Ce serait, il me semble, jurer sur les paroles du maître que d'attacher une autorité décisive à cette opinion, contredite par nos anciens auteurs et arrêts, et contre laquelle je crois avoir élevé de fortes objections.

25. Ayant ainsi établi la base du système que j'expose, je réfuterai facilement les distinctions adoptées dans plusieurs ar-

rêts. Convient-il de décider différemment, suivant que la femme a survécu ou est morte dans le mariage? La femme est morte : est-ce que l'action en nullité des actes qu'elle a faits durant le mariage, et que la loi lui défendait de faire, ne passe pas à ses héritiers? L'article 1560 du Code Napoléon ne laisse pas de doute sur le cas où le fonds dotal a été vendu contrairement à la prohibition de la loi. Y a-t-il lieu de distinguer, à cet égard, entre l'aliénation directe et l'aliénation indirecte que renferme une obligation? quelle en serait la raison? L'incapacité dont la femme a été frappée avait pour but de lui conserver la partie principale de son patrimoine. L'action en nullité qui en résulte est un droit d'intérêt pécuniaire transmissible avec sa succession. Toutes les nullités qui dérivent de l'article 1554, qu'il s'agisse d'une aliénation ou d'une obligation, ont le même but, le même caractère et le même sort. Elles peuvent toutes être invoquées par les héritiers. C'est l'évidence même.

26. Parmi les héritiers faut-il préférer les enfants, écarter les collatéraux? La loi fait-elle cette distinction dans l'article 1560? Non. Pourquoi la ferions-nous? Pourquoi la protection dont la femme a dû être entourée durant le mariage, ne profiterait-elle pas à tous ceux qui la représentent et lui succèdent, quel que soit leur degré de parenté? L'acte dans lequel le mari est présumé avoir déterminé sa femme à s'obliger, change-t-il de caractère et de validité, suivant la qualité des héritiers que la femme laisse en mourant? Non.

27. Le fait que les héritiers auront accepté purement et simplement, ou sous bénéfice d'inventaire, aura-t-il quelque influence sur la solution de notre question? Je ne le crois pas. De ce que la succession d'une personne a été acceptée purement et simplement, s'ensuit-il qu'une dette par elle contractée, et qui était nulle, devienne valable? L'acceptation sous bénéfice d'inventaire empêcherait seulement que les dettes du défunt, telles quelles, ne grevassent les biens de l'héritier.

Mais ces dettes, en s'étendant au patrimoine de l'héritier dans le cas d'acceptation pure et simple, ne changent pas de nature et n'acquièrent pas une force dont elles étaient destituées dès le principe. L'adition d'hérédité est un quasi-contrat qui oblige celui qui la fait au payement des dettes de la succession, mais de celles seulement contre lesquelles n'existe pas d'action en nullité. La confusion qui s'opère entre les biens du défunt et les

biens de l'héritier modifie l'état actuel des biens et le nombre des obligations auxquelles ils serviront de gage. Mais elle n'anéantit pas rétroactivement leur état antérieur et les résultats que cet état a engendrés. Elle ne confirme pas ce qui a été fait antérieurement sur ces biens en violation de la loi [1].

28. J'arrive à la décision particulière donnée par la Cour impériale de Paris. Le créancier qui a contracté avec la femme dotale ne peut pas saisir, après le mariage, les biens qui ont été dotaux. Cette proposition est admise dans l'arrêt. L'héritier, libre de conserver éternellement ces biens, sans redouter jamais d'expropriation de la part du créancier, les vend spontanément et de son plein gré. Le prix qui lui est dû tombera-t-il sous l'action du créancier, et sera-t-il valablement frappé par celui-ci de saisie-arrêt? J'hésite à admettre l'affirmative, surtout en présence de la jurisprudence qui consacre le principe de l'inaliénabilité de la dot mobilière. D'après cette jurisprudence, ce qui est inaliénable et par suite insaisissable, c'est la dot, c'est la valeur affectée sous ce titre au soutien de la famille. Peu importe que cette valeur soit mobilière ou immobilière; peu importe, par conséquent, que d'immobilière elle devienne mobilière. Ce qu'il faut considérer pour arrêter la poursuite du créancier, ce n'est pas la nature du bien saisi, c'est son affectation directe ou son origine. Lorsque, par des transformations successives, l'origine est perdue, le créancier ne rencontre plus d'obstacle. Mais lorsque la provenance est manifeste, lorsqu'il s'agit du prix encore dû, moyennant lequel un immeuble dotal a été vendu, la prohibition de saisir ne doit pas, à mon avis, cesser.

Pourquoi cesserait-elle? Ce n'est pas parce qu'un meuble est substitué à un immeuble dans la fortune du débiteur, puisque dans le système où je raisonne la dot, qu'elle soit mobilière ou immobilière, est inaliénable.

29. Le motif principal donné par la Cour de Paris, c'est qu'il ne faut pas admettre de subrogations réelles en dehors des textes de la loi, c'est que le législateur ne subroge pas, en général, un prix de vente à la chose vendue, et que, dans notre espèce, la qualité de dotal qu'avait l'immeuble aliéné ne passe pas à la créance du prix de l'aliénation.

[1] Arrêts de cassation du 16 déc. 1846 (Devill., 47, 1, 194) et du 30 août 1847 (Devill., 47, 1, 740).

La Cour a parfaitement raison de repousser l'idée que dans toute vente ou aliénation à titre onéreux il y aurait une subrogation réelle.

Mais, dans la matière de la dot, une exception est faite à ce principe, ou pour mieux dire ce n'est pas une exception, c'est l'application d'une règle parallèle à celle que nous venons de poser.

30. Quand des biens sont considérés dans leur individualité, il n'y a pas subrogation.

Dans une universalité, au contraire, le prix entre à la place de la chose, et reçoit la qualité dont la chose était revêtue comme partie d'un tout. Ce principe se vérifie de la façon la plus incontestable dans la matière de l'hérédité. Le possesseur d'une hérédité qui est condamné à la restituer, ne peut certainement pas garder pour lui la créance du prix moyennant lequel il aurait vendu un objet héréditaire. Quand la séparation des patrimoines existe, le prix des biens vendus volontairement par l'héritier, avant la poursuite des créanciers, représente pour ces derniers le gage qu'ils avaient du vivant de leur débiteur.

L'ascendant donateur est appelé par la loi à recueillir le prix encore dû des choses qu'il a données et que le donataire a vendues. Pourquoi? C'est que son titre est véritablement universel. Ce n'est pas tel ou tel bien individuellement considéré auquel il succède; ce sont tous les biens qui ont un caractère commun, c'est un ensemble. Les donations que cet ascendant a faites ont porté sur des biens particuliers, mais sa vocation comme héritier est générale. On ne peut pas dire à l'avance ce qu'elle contient; ce sera plus ou moins, suivant qu'il aura plus ou moins donné. La volonté du législateur embrasse toute une catégorie de biens n'ayant à ses yeux de déterminé et d'identique qu'une qualité, une origine. C'est là le cachet d'une universalité.

31. La dot présente le même caractère. Supposez que durant le mariage l'immeuble dotal ait été aliéné conformément à une clause du contrat de mariage, ou pour une des causes autorisées dans l'article 1558 du Code Napoléon. Le prix est dotal; et même quand le prix entier ou ce qui restera du prix après la satisfaction de l'intérêt qui a motivé l'aliénation aura été employé, suivant son importance, à l'achat d'un immeuble ou d'effets mobiliers, le nouveau bien acheté en remploi ou em-

ploi du prix sera dotal, et il est certain que, dans le système de la jurisprudence, le créancier qui a traité avec la femme mariée devra respecter cette subrogation réelle qui transmet d'un bien à un autre la dotalité, et par suite l'inaliénabilité.

D'où vient cette décision? De ce que ce qui compose la dot, ce sont des biens considérés moins *in specie* que pour leur valeur; ce qui constitue la dot, c'est un ensemble de biens ayant une destination commune et qui sont susceptibles d'être remplacés par d'autres biens recevant la qualité ou la destination des premiers. Le législateur, dans les dispositions qu'il prend relativement à la dot, s'occupe d'une abstraction, d'une infinité de biens divers de nature et d'origine, plus ou moins nombreux et importants, suivant la volonté des parties ou les circonstances, mais qu'il considère sous le rapport d'une qualité unique, d'une affectation commune aux charges du mariage. C'est là, je l'ai déjà dit, le trait distinctif d'une universalité (*universitas facti si non juris*).

Voilà pourquoi, durant le mariage, par échange, par vente dans les cas prévus, la dot peut se transformer, d'immobilière devenir mobilière, et néanmoins le caractère dotal se perpétue avec ses conséquences d'inaliénabilité et d'insaisissabilité.

32. Soit, me dira-t-on; mais après le mariage? — Il n'y a plus de dot; l'unité est dissoute et a laissé chaque bien reprendre son individualité. Donc le prix n'est plus subrogé à la chose, et n'est pas dotal parce que la chose vendue l'a été.

Je crois démêler une erreur dans ce raisonnement. Oui, la dot n'existe plus; les biens n'ont plus la même destination, et pour tous les actes de leur propriétaire postérieurs à la dissolution du mariage, ils sont régis par les principes ordinaires de la propriété. Mais en est-il de même à l'égard des actes accomplis durant le mariage? Pour régler l'effet de ces actes, ne faut-il pas conserver aux biens le caractère qu'ils avaient au moment où sont nés les droits des tiers? Comme une nullité ne dépend pas en général de faits postérieurs au contrat, ne faut-il pas décider que ce qu'il est interdit actuellement au créancier de saisir, c'est ce qu'il n'aurait pas pu saisir durant le mariage, et que tout ce qui serait dotal et insaisissable si le mariage existait encore, doit être soustrait à l'action du créancier dont le titre est contemporain du mariage? Pour ce créancier, la dot subsiste toujours avec son caractère d'unité abstraite, suscep-

tible de transformation dans ses éléments ; car les conséquences de l'incapacité de la femme dotale et de la nullité de ses actes ne doivent pas être modifiées, affaiblies par la dissolution du mariage.

33. Cette idée est appliquée en partie par la Cour elle-même ; seulement la Cour s'arrête, arbitrairement suivant moi, dans la série d'applications que cette idée comporte. L'immeuble, tant qu'il n'a pas été aliéné, a été insaisissable pour le créancier du mariage. Pourquoi ? Depuis la fin du mariage il n'était plus dotal. Oui, mais il en avait toute la couleur pour notre créancier, dont la position doit rester ce qu'elle était au moment du contrat, et ne doit pas être améliorée par un fait postérieur et involontaire pour le débiteur. Il ne sert donc à rien de dire : le prix n'est pas dotal, car le mariage n'existe plus ; donc il est sous la loi commune. — Cela est vrai pour tous ceux qui traiteront avec la femme ou ses héritiers depuis la dissolution du mariage. Mais en est-il ainsi à l'égard de ceux qui ont traité sous la loi exceptionnelle de la dotalité ? Non, d'après ce que la Cour décide elle-même pour l'immeuble.

34. L'opinion contraire me paraît conduire à un résultat inacceptable. L'existence d'une obligation contractée par la femme dotale frappera ses biens dotaux d'une sorte d'inaliénabilité qui durera, après le mariage, pendant la vie de la femme et celle de ses héritiers. En effet, ces propriétaires, qui jouissent en principe d'une liberté parfaite, pourront, il est vrai, donner ou léguer à titre particulier un des biens dotaux ; mais s'ils veulent en tirer parti par une aliénation, s'ils veulent le vendre, ce qui est le mode de disposition le plus fréquent, il y a là un créancier au guet qui mettra haro sur le prix. De sorte que cette femme ou ses héritiers, qui sont maintenant dégagés des entraves de la dotalité, ont entre leurs mains une propriété presque indisponible dont la valeur est sur le point de leur échapper à chaque aliénation qu'ils sont tentés de faire. Ce résultat n'est-il pas au moins très-bizarre ?

35. J'ai supposé, avec la jurisprudence, que la dot mobilière est inaliénable [1] ; mais il me semble qu'il faut décider de même dans une opinion contraire. La règle qui me guide est qu'il faut agir à l'égard du créancier dont le droit est en question, comme

[1] Cette théorie est combattue avec une grande force de raisons par M. Troplong dans son *Commentaire du contrat de mariage*, nos 3248 et suiv.

si le mariage existait encore. Or, durant le mariage, le prix d'un immeuble dotal aliéné n'est pas saisissable, parce qu'il est destiné à être remployé en immeuble. Il faut je crois, par analogie, suspendre aussi la solution un certain temps dans notre espèce. Si le prix de l'immeuble dotal aliéné est remployé en achat d'immeuble, et qu'il n'y ait pas de doute sur l'origine du prix d'achat, l'action du créancier sera encore entravée. Mais si le prix est employé en valeurs mobilières, s'il se confond avec d'autres valeurs où sa trace se perde, le créancier ne sera plus arrêté dans son droit de saisie.

Il me répugne d'admettre que l'héritier qui a la propriété entièrement libre d'un immeuble ne puisse pas le remplacer par un immeuble de même valeur, et que le créancier dont le contrat était nul relativement au premier immeuble, puisse profiter de la transition pour en saisir le prix. La femme survivante ou son héritier n'auraient-ils pas la faculté de faire un échange d'immeubles sans s'exposer à perdre l'exception de nullité qui les défend contre le créancier? Pourquoi être plus sévères dans la substitution d'immeubles qui s'opère au moyen d'une vente et d'un achat successifs? Par cela seul qu'il y aura l'ombre d'un doute sur l'origine des deniers employés à l'achat, ou si l'immeuble acquis a plus de valeur que l'immeuble aliéné, le créancier l'emportera; c'est tout ce que la justice demande en sa faveur.

Je sais bien que dans la succession anomale de l'ascendant donateur la loi ne veut pas qu'on suive le prix, une fois payé, dans son emploi ultérieur; mais il en est autrement sous le régime dotal, dont nous devons appliquer les principes.

36. Je me résume. L'obligation que contracte une femme mariée sous le régime dotal, est nulle en ce qui concerne ses immeubles dotaux. Les effets de cette nullité subsistent après la dissolution du mariage soit au profit de la femme survivante, soit au profit des héritiers de la femme prédécédée. Ils se produisent après cette dissolution comme ils se seraient produits durant le mariage[1]. J.-E. LABBÉ.

[1] Teissier, *De la dot*, n° 62. — Zachariæ, t. III, § 537, p. 582. — Rodière et Paul Pont, t. II, n° 490. — C'est en ce sens que M. Saillard, substitut du procureur général impérial, avait conclu dans l'affaire sur laquelle est intervenu le dernier arrêt de la Cour impériale de Paris.

ÉTUDES HISTORIQUES SUR LA PROCÉDURE CIVILE.

Par M. Théophile Huc, avocat, professeur suppléant provisoire à la Faculté de droit de Toulouse.

La procédure civile, telle que la loi moderne l'a régularisée, est sortie tout entière d'une sorte de fusion entre le droit romain et le droit canonique, et encore ce dernier peut-il revendiquer la plus large part dans sa formation. C'est cette action simultanée du droit romain et du droit canonique que je me propose de signaler. Sans doute il est juste de reconnaître avec un des maîtres de la science « que les recherches historiques sur l'origine et les progrès de la procédure offrent moins d'importance et d'utilité que celles qui auraient pour objet les autres branches de la législation [1]; » mais il faut aussi reconnaître qu'il est peu d'études qui offrent autant d'intérêt; et comme, en définitive, la procédure civile d'un peuple est la reproduction la plus fidèle de sa véritable physionomie, j'ai pensé qu'à une époque où les études historiques ont pris en France et à l'étranger un si grand développement, il ne serait pas hors de propos de rechercher par quelle suite de transformations successives sont passées les lois de la procédure avant de recevoir la dernière formule que leur a donné le législateur de 1806.

§ 1.

Sommaire. — I. Situation juridique des Gaules après l'invasion des barbares. — Influence des évêques.
II. Introduction en France du recueil de Denys le Petit. — Fausses décrétales. — Capitulaires.
III. Système féodal. — Lois territoriales. — Coutumes.

I. La conquête romaine avait eu, pour résultat, de faire participer les Gaules au mouvement intellectuel et civilisateur de l'époque. Au contact de Rome, les tribus galliques avaient perdu peu à peu l'âpreté primitive de leurs mœurs, et avaient formé cette société gallo-romaine, si élégante et si policée, aimant la philosophie et les belles-lettres, cultivant surtout l'éloquence..... — La civilisation romaine avait triomphé de la barbarie gauloise, mais elle devait succomber à son tour sous la pression

[1] Carré, *Lois de la procédure civile*, t. I, introduction, p. VII, note 1.

incessante des tribus envahissantes du Nord..... Au milieu du Ve siècle, Rome épuisée n'eut plus la force de défendre ses provinces, et commença à rappeler d'abord ses légions et puis l'administration elle-même; dès lors les peuplades barbares purent espérer de consolider leur conquête.

Quatre lois principales régissaient, on le sait, les nouveaux conquérants : la loi salique, celle des Franks-Ripuaires, la loi des Bourguignons (*lex Gundobada, loi Gombette*), et enfin la loi des Wisigoths (*forum judicum*). On sait que le remarquable caractère de ces lois était d'être personnelles et non territoriales. Aussi n'est-il pas étonnant que la législation romaine ait continué, même après l'invasion, de régler les rapports des vaincus entre eux. Le Code Théodosien, promulgué en Orient par Théodose le Jeune, et rendu exécutoire en Occident par Valentinien III, avait d'abord obtenu dans la Gaule une influence prépondérante. Mais les nouveaux rapports qui vinrent s'établir entre les barbares conquérants et les Romains vaincus nécessitèrent bientôt des modifications, et c'est pour cet objet qu'Alaric promulgua son *Breviarium*. Les Burgundes imitèrent les Wisigoths, et publièrent pour les vaincus *le Papien* (*lex romana Burgundiorum*); enfin, chez les Franks, la loi romaine continua aussi d'être en vigueur.

La procédure édictée par les lois barbares, et celle réglée par la législation personnelle aux vaincus, ne pouvaient fonctionner parallèlement sans influer réciproquement l'une sur l'autre. Mais les lois de l'Église peuvent être considérées comme le médiateur puissant à qui était réservé l'honneur de favoriser un rapprochement, que le caractère des lois personnelles tendait toujours à éloigner. Lorsque le Code Théodosien fut déclaré exécutoire dans les Gaules, le clergé, qui en avait inspiré la plupart des dispositions[1], l'adopta avec empressement, et il devint la base de la procédure en vigueur devant les tribunaux ecclésiastiques.

On sait combien avait été grande l'influence de l'épiscopat à la cour des empereurs d'Orient; elle ne le fut pas moins sur les rudes compagnons marchant à la suite des rois Franks..... En 511, trente-deux évêques se réunissent en concile à Orléans par ordre de Clovis, et « les actes de ce concile, ayant été revêtus de la

[1] Montesquieu, *Esprit des lois*, 23, XXI

sanction du prince, devinrent la loi commune qui liait les deux nations, car on ne saurait douter qu'elle n'ait obligé les Franks aussi bien que les Gaulois[1]. » Les actes du concile, tenu à Mâcon le 23 octobre 565, furent pareillement confirmés par une ordonnance du roi Gontran; et plus tard le roi Clotaire confirma aussi les canons du concile général, tenu à Paris en 614.

On comprend combien cette participation des évêques à la puissance législative dut accroître l'importance de la juridiction ecclésiastique. Aussi les tribunaux barbares, grossièrement institués, ne présentant d'ailleurs aucune garantie sérieuse contre la force et la violence, et n'ayant d'autres moyens pour arriver à la découverte de la vérité que l'emploi des preuves négatives, tendirent-ils bientôt à être en quelque sorte désertés par les peuples qu'attiraient les formes plus douces de la procédure canonique.

II. Mais la procédure canonique elle-même était encore loin d'être arrivée, du moins en France, à cette perfection qui la distingua plus tard. Cependant elle fit de rapides progrès, grâce à l'initiative des premiers Carlovingiens. En 746, en effet, le pape Zacharie envoya à Pepin le Bref, sur sa demande, le recueil de Denys le Petit; et quelques années après, quand Charlemagne fut à Rome, le pape Adrien Ier lui offrit ce même recueil, augmenté d'un grand nombre d'additions nouvelles (*Collection adrienne*). Cette collection de Canons, bientôt adoptée par l'Église gallicane, inspira souvent les auteurs des capitulaires, atténua d'une manière sensible les déplorables résultats que produisait sans cesse l'application des lois barbares; et sous son influence, la juridiction ecclésiastique, grandissant tous les jours, devint en quelque sorte un champ neutre, où toutes les prétentions légitimes furent certaines de trouver un appui sans aucune acception de nationalité, sans autre condition que la qualité de chrétien orthodoxe.

Mais l'événement qui contribua le plus à favoriser son extension, fut sans contredit l'apparition des *fausses décrétales* (entre 820 et 849), dont plusieurs dispositions passèrent dans les capitulaires des rois franks. — Les capitulaires délibérés dans les assemblées des grands et des évêques, souvent même dans les conciles et les synodes, servirent à compléter et à corriger,

[1] *Recueil des anciennes lois françaises*, t. VII, préface, p. 5.

autant que les circonstances le permettaient, la défectuosité des lois barbares. Souvent, en effet, les rois franks ajoutèrent soit à la loi Salique, soit à la loi Gombette ou à la loi Ripuaire, des capitulaires obligatoires seulement pour ceux qui vivaient sous l'empire de la loi ainsi modifiée. Les autres dispositions n'étant en réalité que des extraits canoniques, eurent un caractère de généralité qui les rendit exécutoires dans tout le royaume. La juridiction ecclésiastique s'efforça dès lors de s'attribuer la connaissance de toutes les affaires qui, de près ou de loin, directement ou indirectement, touchaient d'une manière quelconque à une idée religieuse.

III. Sous Charlemagne et ses descendants, la législation avait conservé son caractère personnel, à un degré moindre toutefois que sous la dynastie mérovingienne. Les capitulaires, généralement obligatoires pour tous, étaient un des liens les plus sérieux qui maintinssent l'unité politique créée par les premiers Carlovingiens. Après Hugues Capet, la législation civile changea de physionomie, sans se rapprocher davantage de l'unité; elle perdit son caractère de personnalité pour devenir territoriale. Les lois barbares disparurent et les *scabins* avec elles; les coutumes et les justices patrimoniales remplacèrent l'ancien ordre de choses; c'était la conséquence nécessaire de l'hérédité des fiefs et des bénéfices, de l'avénement en un mot du régime féodal.

Nous n'avons pas à tracer ici le tableau de la procédure en vigueur devant les justices seigneuriales; c'est un point qui a été suffisamment exploré. Cette grande unité, à la réalisation de laquelle Charlemagne avait appliqué toutes les forces de son génie, semblait avoir à jamais disparu, lorsqu'un double fait se produisit, qui devait exercer sur le droit une influence immense, et ramener peu à peu vers l'unité les institutions politiques et judiciaires; nous voulons parler de la réapparition du droit romain et de la publication du décret de Gratien.

2.

SOMMAIRE. — I. Réapparition du droit romain.
II. Décret de Gratien et décrétales de Grégoire IX.
III. SPECULUM JURIS de Guillaume Durand.
IV. Établissements de saint Louis. — Les papes à Avignon.

I. Le droit romain, proprement dit, était loin d'avoir eu sur la pratique judiciaire une action aussi décisive que les justices ec-

clésiastiques. — Jusqu'au XIe siècle, en effet, on ne connut guère que les Codes de Théodose et d'Alaric, et les novelles de Justinien. Ce fut seulement vers le XIIe siècle que le droit des Pandectes, du Code et des Institutes fut connu en France, et Yves de Chartres, le premier, inséra quelques lois de Justinien au milieu des canons dont il composa le recueil qui porte son nom (*Ivonis decretum*) [1]. — La découverte d'un manuscrit des Pandectes faite à Amalfi en 1135 donna aux études juridiques une impulsion extraordinaire, et l'école de Bologne devint comme la pépinière de tous les grands jurisconsultes de l'époque.

II. La publication du décret de Gratien en 1151, et celle des décrétales de Grégoire IX en 1234, achevèrent l'œuvre commencée par le droit romain, et donnèrent à la procédure cette forme savante qui a servi de point de départ aux législateurs modernes. Dans les recueils canoniques dont nous venons de parler, on retrouve à chaque page la trace non équivoque de l'influence du droit de Rome; le droit pontifical adopta, en effet, un grand nombre des principes de la législation romaine, en les modifiant suivant les progrès de l'époque et les circonstances. C'est cette fusion entre le droit canonique et le droit romain qui contribua le plus à la vulgarisation de cette dernière législation, et à donner à la procédure civile, dans toute l'Europe, cette teinte d'uniformité qu'il est encore facile de reconnaître aujourd'hui. Le droit canonique étant en effet destiné à toute la chrétienté, on fut naturellement conduit à penser que le droit romain Justinien, qui en paraissait inséparable, était aussi destiné à régir toute la chrétienté [2].

III. Pendant que la procédure, devant les justices séculières, était encore livrée à tous les hasards du combat judiciaire, la procédure canonique, grâce à l'alliance que nous venons de signaler entre le droit de Rome et le droit pontifical, était devenue devant la juridiction ecclésiastique une véritable science digne d'attirer l'attention des jurisconsultes. Aussi n'est-il point étonnant que les premiers traités connus de procédure pratique aient été l'œuvre des interprètes les plus distingués du droit cano-

[1] D'après M. Laferrière, Yves de Chartres aurait été initié à la connaissance des lois justiniennes par le célèbre Lanfranc, de Pavie.— V. *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, t. I, p. 67, et l'*Hist. du droit français*, t. IV, p. 301.

[2] Marezoll, *Droit privé des Romains*, traduct. de Pellat, 2e édit., p. 114, § 39.

nique. — C'est ainsi qu'en 1234 nous voyons le canoniste Tancrédus, de Bologne, publier sous le titre de *Ordo judiciarius*, une exposition des règles de la procédure d'après le droit romain et le droit pontifical. Cet ouvrage, bientôt traduit en français, dut singulièrement contribuer à répandre dans les justices séculières la pratique des cours d'Église [1]. — Mais le plus célèbre et le plus important de tous les traités de ce genre fut sans contredit le *Speculum juris* (1271), qui mérita à Guillaume Durand, son auteur, le surnom de *Speculator, père de la pratique* [2].

Dans cette vaste compilation dont l'influence fut immense sur le droit [3], et qu'on peut considérer, du moins pour la France, comme le premier écrit vraiment didactique sur la pratique judiciaire [4], le savant évêque de Mende avait voulu exposer d'une manière simple, claire et méthodique, l'ensemble des règles relatives à l'organisation judiciaire, à la compétence et à la procédure; et il faut convenir qu'il atteignit complétement le but qu'il s'était proposé. Son œuvre est un traité complet de procédure théorique et pratique, et les hommes de science peuvent encore aujourd'hui consulter avec fruit les solutions judicieuses données par l'habile prélat. Il sut mettre à profit les écrits des jurisconsultes qui l'avaient précédé, notamment de Tancredus et de Rolandinus Passageri, dont la *Summa artis notariæ* fut presque entière insérée dans le *Speculum;* mais on lui reproche de n'avoir pas toujours indiqué les sources où il puisait [5].

Le *Speculum juris* se divise en quatre parties : la première traite de l'organisation judiciaire, des pouvoirs et des devoirs

[1] Savigny, *Hist. du dr. rom. au moyen âge*, traduct. de Guenoux, t. IV, p. 118. — Laferrière, *loc. cit.*, p. 393.

[2] Guillaume Durand, né en Provence, étudia à Bologne, enseigna le droit canon à Modène, fut chapelain de Clément IV, envoyé par Grégoire X au concile de Lyon en 1271, et évêque de Mende en 1286. Il mourut à Rome en 1296. Il avait dédié le *Speculum juris* au cardinal Ottobon, depuis Adrien V. — V. Savigny, *loc. cit.*, p. 185, et Laferrière, *loc. cit.*, p. 385.

[3] « C'est lui (Durand), dit Pasquier, auquel nous devons en cette France, dedans nos contrats, les renonciations au Velleian, bénéfice de division et ordre de discussion. » (*Recherches de la France*, IX, 35.)

[4] Il est vrai que le *Conseil à un ami* de Pierre Desfontaines parut avant le *Speculum juris*, en 1253; mais ce n'était que le résumé des coutumes féodales à l'usage des cours laïques, et son influence a été nulle sur la pratique moderne.

[5] Savigny, *loc. cit.*, p. 182 et 189.

du juge, des récusations, des divers représentants légaux ou conventionnels des parties (tuteurs, mandataires, avocats, etc.), des témoins, et enfin des émoluments à payer aux juges et aux divers officiers concourant à l'administration de la justice. — Dans la seconde partie, qui est plus spécialement consacrée à la procédure proprement dite, l'auteur a suivi un ordre logique que nous tenons à reproduire ; il y est traité : 1° *de actione seu petitione ;* 2° de la cession des actions ; 3° de la compétence ; 4° de la présentation du rescrit au juge délégué [1] ; 5° de la citation ; 6° de la contumace ; 7° *de libelli oblatione ;* 8° et 9° des divers délais à obtenir ; 10° des exceptions et répliques ; 11° des demandes reconventionnelles ; 12° de la *litis contestatio ;* 13° du serment ; 14° des *positiones ;* 15° des preuves ; 16° des productions de pièces ; 17° de la délation de serment ; 18° des plaidoiries et conclusions ; 19° du jugement ; 20° de l'exécution ; 21° de l'appel ; 22° de la restitution en entier ; 23° des dépens et autres accessoires. — La troisième partie traite de la procédure criminelle. — Enfin dans la quatrième, qui présente un ordre moins rationnel que les autres, il est question des actions possessoires, des servitudes, de la revendication et de la publicienne, de la vente, du louage, des obligations, des successions et testaments, et enfin de plusieurs autres matières purement ecclésiastiques.

L'évêque de Mende, écrivant principalement pour les besoins de la pratique, s'attacha à donner des formules pour la rédaction des divers actes judiciaires ; aussi le *Speculum* fut-il immédiatement adopté comme étant le guide par excellence des praticiens et des juges, et il contribua beaucoup à répandre

[1] Celui qui a obtenu le rescrit se présente au juge délégué, accompagné d'un notaire ou de deux témoins *idoines*, disant : « *Dominus Papa vos salutat ; hanc litteram et suam benedictionem vobis mittit ; supplico quod secundum ejus tenorem procedatur.* » Alors le juge, *reverenter bireto deposito et capite inclinato*, prend connaissance de la bulle (*Speculum juris* ; Lyon, 1545, lib. II, particul. 1, fol. 21). Le demandeur conclut alors à ce que le juge fasse citer l'adversaire (*ibid.*, fol. 29) ; la citation est donnée ; et si après trois édits successifs le défendeur ne comparaît pas, *actor petat eum* condemnari in expensis, vel excommunicari, vel se mitti in possessione rerum, et offerat instrumentum citationis, per quod ostendat contumaciam (*ibid.*, fol. 41) ; s'il comparaît, le défendeur doit le faire *humiliter* (*ibid.*, fol. 54). Il est alors procédé à l'*oblatio libelli*, etc. — Quelle différence entre cette manière de procéder et les *gages de bataille* qui devaient encore pendant quelque temps ensanglanter les justices féodales !

l'usage des formes canoniques. L'exposé des matières, qui forment l'objet du *Speculum juris*, suffit pour faire comprendre combien l'organisation des juridictions ecclésiastiques était déjà avancée à cette époque; aussi n'est-il pas surprenant que les rois de France aient cherché à introduire les formes canoniques dans les juridictions laïques, et qu'ils aient fini par réussir dans leur entreprise.

IV. Les *Établissements* de saint Louis, quoique destinés, on le sait, à mettre des bornes aux envahissements de la juridiction ecclésiastique, subirent néanmoins l'influence du droit pontifical; les nombreuses citations des décrétales qu'on y remarque le prouvent suffisamment, et certaines de leurs dispositions sont les conséquences évidentes des doctrines canoniques; ils étaient d'ailleurs destinés, comme l'annonce la préface, « à conserver les bons usages et les anciennes coutumes, avec quelques corrections tirées des lois et des canons. » — On sait en quoi consistaient les nouvelles formes judiciaires créées par saint Louis; nous aurons du reste à en reparler plus tard; elles ne ressemblaient pas le moins du monde à la pratique usitée dans les tribunaux ecclésiastiques. Aussi lorsqu'elles tombèrent en désuétude, les tribunaux laïques adoptèrent complétement la procédure canonique; et si l'on adopta la procédure canonique au lieu de la procédure romaine, « c'est, dit Montesquieu, parce qu'on avait devant les yeux les tribunaux clercs qui suivaient les formes du droit canonique, et que l'on ne connaissait aucun tribunal qui suivît celles du droit romain..... On prit la pratique des clercs parce qu'on la savait, et on ne prit pas celle du droit romain parce qu'on ne la savait pas; car en fait de pratique, on ne sait que ce que l'on pratique[1]. » Aujourd'hui que les progrès de la science ont démontré que le droit romain n'a jamais disparu en France, l'opinion de Montesquieu, qui d'ailleurs paraît dans d'autres endroits avoir entrevu la vérité au sujet de la prétendue disparition du droit romain, a perdu une partie de son exactitude. Il est incontestable, en effet, que le droit romain n'a jamais été *perdu;* il semble même qu'on ait toujours continué de l'étudier dans certaines parties de la France et notamment à Orléans. Dans tous les cas, la découverte du manuscrit d'Amalfi lui a sans doute donné un relief qui lui man-

[1] *Esprit des lois*, liv. XXVIII, c. 41.

quait, mais ne l'a pas fait *renaître*, car il n'était jamais *mort*, surtout pour les érudits qui, par goût ou par nécessité de position, s'adonnaient à l'étude des lois. — Ainsi donc, si les tribunaux civils adoptèrent la procédure canonique, ce n'est pas parce que la pratique judiciaire des Romains était complétement ignorée, mais parce qu'on la connaissait moins, si l'on veut, et surtout parce que les formes introduites par le droit pontifical étaient plus simples, plus humaines et plus équitables.

Le résultat signalé par Montesquieu fut dû principalement à deux événements mémorables, arrivés à deux années d'intervalle. Le parlement de Paris, longtemps ambulatoire, fut rendu sédentaire en 1302 par Philippe le Bel; on sait quelle fut son action sur l'organisation judiciaire. Quelques années plus tard, en 1309, le saint-siége fut transféré à Avignon; Clément V conduisit avec lui cette foule d'avocats et de juristes praticiens qui remplissaient la cour de Rome et contre lesquels saint Bernard avait fait entendre, deux siècles auparavant, de solennels reproches.

Avignon devint dès lors comme le centre de toute l'activité juridique de l'époque. Les jurisconsultes et les praticiens français s'empressèrent d'aller à la cour du souverain pontife pour s'initier aux secrets de cette procédure savante qui faisait l'admiration de l'Europe; et bientôt on vit paraître une foule de traités de procédure qui, par leur forme bizarre et bien en rapport avec les mœurs du temps, eurent pour résultat de vulgariser en France, en Italie et en Allemagne la pratique judiciaire des cours d'Église [1].

Maintenant que nous avons essayé de rappeler sommairement la nature et l'importance des éléments qui ont concouru à la formation de la procédure moderne, nous allons examiner les modifications successives qui furent le résultat de l'action simultanée de ces éléments divers. Nous prendrons en général la législation canonique pour point de départ; nous signalerons les changements qu'elle a apportés à la législation romaine, et nous verrons ensuite comment ses principes d'abord appliqués par les tribunaux laïques, consacrés ensuite par les diverses

[1] Nous voulons parler de ces traités singuliers où la procédure est exposée sous la forme de procès fictifs entre Dieu, le diable, la sainte Vierge et les saints. Plusieurs de ces procès imaginaires figurent dans le recueil intitulé *Processus juris joco-serius.*

ordonnances qui se sont succédé, sont enfin entrés dans le droit moderne qui les a coordonnés avec ses autres dispositions.

§ 3.

SOMMAIRE. — I. Procédure écrite. — Délégation du pouvoir judiciaire.
II. Greffiers. — Minutes.
III. ABBAS MILES, avoués, procureurs.

I. « L'écriture, a dit Montesquieu, est un témoin qui est difficilement corrompu [1]. » C'est pour ce motif que l'Église s'empressa d'adopter les règles éparses dans le Code Théodosien, qui prescrivent l'emploi de l'écriture, et exigea toujours que les actes de la vie civile et de la vie religieuse fussent, autant que possible, constatés par écrit. Aussi dans un concile de Soissons, tenu en 853, voyons-nous le célèbre Hincmar rappeler à l'observation de cette règle des clercs qui venaient lui exposer verbalement l'objet de leur demande, et leur déclarer qu'ils devaient présenter leur requête par écrit [2]. Cet esprit de l'Église a été fécond en résultats pratiques; les tribunaux ecclésiastiques adoptèrent l'usage de faire rédiger par écrit tous les actes de leur juridiction, et les clercs ne tardèrent pas à l'introduire dans les justices seigneuriales. On sait, en effet, quels furent les résultats des modifications apportées à la procédure par les Établissements de saint Louis. Lorsque les justices séculières perdirent le caractère guerrier qui les avait jusqu'alors distinguées, lorsque le champ clos fut remplacé par le prétoire, les seigneurs, ne comprenant rien à la procédure nouvelle, se dispensèrent volontiers de tenir eux-mêmes leur cour, et finirent par déléguer le soin de rendre la justice à des officiers subalternes qui, le plus souvent, étaient clercs. En agissant ainsi, les seigneurs ne faisaient que se conformer aux rescrits canoniques. Déjà, en effet, le concile de Latran tenu en 1215 avait exhorté les évêques à ne plus rendre la justice en personne, mais à se faire représenter par des vicaires, qui furent depuis appelés *officiaux*. L'institution des *officialités* fut ensuite régularisée par Boniface VIII [3], et fonctionnait régulièrement à l'époque de Philippe le Bel. C'est l'exemple de ces officialités qui

[1] *Esprit des lois*, 28, XLIV.
[2] Fleury, *Hist. eccl.*, l. XLIX, n° 8.
[3] V. C. *Quoniam* 14, C. *Inter cœtera* 15, L. 1, tit. 31, *apud Gregor.* — C. *Cum episcopus* 7, L. 1, tit. 16, in 6°. — C. *Licet in officialem* 2, L. 1, tit 13, in 6°.

avait donné aux seigneurs l'idée de se faire remplacer par des délégués. Mais comme le privilége clérical empêchait la répression des malversations dont ces officiers pouvaient se rendre coupables, Philippe le Bel publia en 1287 une ordonnance qui enjoignait aux ducs, comtes, barons, archevêques, évêques, abbés, chapitres, colléges, chevaliers, et généralement à tous ceux qui tenaient dans le royaume une juridiction temporelle, d'instituer à l'avenir, pour exercer cette juridiction, des baillis, prévôts et sergents laïques et non clercs, afin que, le cas échéant, on pût sévir contre eux, et de congédier tous les clercs pourvus de ces offices. Ainsi donc le principe de la délégation du pouvoir judiciaire, qui est devenu l'une des bases de notre droit public [1], et d'après lequel *toute justice émane du prince*, *mais doit être rendue en son nom par des juges indépendants et non par lui-même*, cet important principe, disons-nous, est sorti tout entier de la pratique canonique. Et s'il est vrai que saint Louis ait rendu la justice en personne sous le chêne de Vincennes, ce n'était pas comme roi, mais comme seigneur féodal jugeant les contestations de ses vassaux.

L'ordonnance dont nous venons de parler eut pour résultat de faire disparaître l'élément clérical des tribunaux séculiers; mais les traditions canoniques apportées par les clercs dans la justice seigneuriale y demeurèrent en vigueur, et l'on continua toujours de coucher par écrit tous les actes judiciaires.

II. L'usage de l'écriture vulgarisé par l'Église conduisit naturellement à l'érection de fonctionnaires spécialement chargés de tout ce qui concerne les écritures judiciaires. Les greffiers étaient déjà connus depuis longtemps; il y en avait à Athènes où ils étaient assez estimés, et à Rome où ils l'étaient beaucoup moins. Mais il paraît que ces scribes, du moins à Rome, étaient des officiers privés, des secrétaires particuliers n'ayant aucun caractère officiel. L'Église transforma en quelque sorte leur institution; et de même que les clercs des évêques devinrent notaires épiscopaux et plus tard notaires apostoliques, de même les secrétaires des évêques devinrent leurs greffiers. Mais comme il arrivait souvent qu'ils négligeaient de retenir minute des actes qu'ils écrivaient, et que les évêques se passaient même quelquefois d'employer leur ministère, de sorte qu'il était impossible

[1] Bonnier, *Élém. d'organisat. judic. et de procéd. civile*, t. I, p. 16.

aux parties de prouver la vérité de ce qui s'était passé en justice, le pape Innocent III, dans le même concile de Latran (1215), posa les règles fondamentales de l'institution des greffiers, en ordonnant qu'en toute matière le juge serait assisté d'un ou deux greffiers qui auraient pour mission de rédiger toutes les écritures judiciaires, de retenir acte de tout ce qui aurait lieu à l'audience, et d'en délivrer expédition aux parties en en gardant la minute [1]. La juridiction séculière subit l'influence de cette nouvelle organisation; pendant longtemps les juges laïques avaient fait remplir l'office de secrétaire par des personnes attachées à leur service; mais ils furent obligés, par une ordonnance de Philippe le Bel de l'an 1303, de confier ces fonctions à des personnes complétement indépendantes, et enfin, par une ordonnance du 10 novembre 1321, les greffes furent mis à ferme.

III. Alors que le combat judiciaire était l'unique manière de décider les procès, on comprend qu'il était impossible aux églises, monastères et hôpitaux, à chaque instant exposés à paraître en justice, de descendre en champ clos pour y défendre leurs droits. C'est pour cette raison que dans chaque communauté, dans chaque monastère, fut établi un *abbé d'épée* (*abbas miles*), chargé de défendre au dehors les intérêts de la communauté. C'était lui qui appelait devant le juge la partie adverse et soutenait contre elle les droits de sa maison; c'était lui qui devait répondre aux demandes dont elle pouvait être l'objet. L'*abbas miles* représentait même en justice les colons de l'Église ou du monastère auquel il était attaché [2]. Le concile de Mayence, tenu en 803, avait rendu obligatoire l'établissement de ces défenseurs. Plus tard ils prirent le nom d'*advoués*, et lorsque le combat judiciaire eut à peu près disparu, leur rôle devint plus pacifique. L'*abbas miles*, le terrible champion des communautés, devint un homme de robe ayant mission de figurer, au nom des personnes ecclésiastiques, dans les procédures où elles étaient parties. Les clercs en prirent occasion pour représenter les plaideurs devant les juges d'Église et même devant les tribunaux séculiers. Enfin, lorsque les *advoueries* furent supprimées, Philippe le Bel accorda aux communautés et aux clercs la fa-

[1] C. *Quoniam* 11, L. 2, tit. 19, *apud Gregor.*

[2] Édit de Charles le Chauve de 861; *Capitulaires*, Baluze, II, 151. V. aussi Marculfe, appendice, 3 et 6.

culté de plaider par procureur, tant en demandant qu'en défendant, à la seule condition de comparaître en personne, au commencement des causes difficiles, où leur présence serait jugée nécessaire [1]. Cet usage, combiné avec les principes du droit civil sur le mandat *ad litem*, ne tarda pas à se généraliser, et paraît avoir été la source de l'érection des procureurs en titre d'office.

Ainsi donc, la pratique canonique substitua la procédure écrite à la procédure orale en vigueur devant les tribunaux séculiers, donna aux jugements, par l'institution des greffiers, un caractère d'*authenticité* et surtout de *stabilité* qui leur manquait, et contribua largement à l'établissement des procureurs chargés de représenter les plaideurs en justice. Mais son influence fut bien plus considérable sur l'ordre des juridictions, qu'elle régularisa par son exemple. Pendant que les justices particulières, isolées les unes des autres, obéissant à des impulsions différentes et quelquefois opposées, ne pouvant être reliées entre elles par aucun lien hiérarchique, puisqu'elles n'avaient pas d'origine commune, tendaient à augmenter les divisions introduites par le système féodal, l'Église, au contraire, puissamment organisée par une forte hiérarchie, qui rattachait au saint-siége le plus infime de ses membres, administrait la justice avec un ordre admirable, et l'esprit qui la guidait était partout le même. Ses divers degrés de juridiction échelonnés les uns au-dessus des autres, et fonctionnant, chacun dans sa sphère, avec une régularité que vainement on aurait cherchée ailleurs, servirent de modèle à la justice séculière, qui modifia peu à peu son organisation, et finit par adopter presque complétement celle qui rendait la justice ecclésiastique, si recommandable aux peuples.

§ 4.

SOMMAIRE. — I. Citation. — Original et copie. — Notification à personne ou domicile.
II. Essai de conciliation.
III. Arbitrages.

I. On sait comment, dans le premier état du droit romain, se faisaient les ajournements en justice. Justinien, frappé des inconvénients qui résultaient d'une sommation purement ver-

[1] Lettres patentes de 1290.

bale, ordonna que les vocations en justice eussent lieu désormais par une sommation écrite signifiée par un *executor*[1]. Cet usage fut probablement suivi dans les Gaules devant les juridictions ecclésiastiques; mais la pratique des lois barbares empêcha qu'il se répandît. Chez les Franks, en effet, quand on voulait citer (*mauvir*) quelqu'un, on le faisait verbalement en présence de témoins[2]. Plus tard, la *mauvition* ne put avoir lieu qu'en vertu d'une permission ou par le *ban* du juge, et prit le non de *bauvition*[3]. Les Établissements de saint Louis laissèrent subsister presque entièrement cet état de choses; l'ajournement, qui fut appelé *semonce*, fut fait de vive voix par un sergent assisté de deux recors devant en témoigner *de visu et auditu*.

La pratique canonique ne se laissa pas influencer par la législation nouvelle. Prenant pour point de départ le principe admis par Justinien, elle exigea toujours que les citations fussent rédigées par écrit et notifiées par des officiers publics[4]. Elle déclara que la citation était de droit naturel, que rien ne pouvait la suppléer, pas même la *certa scientia* du prince, et que les décisions rendues en l'absence de citation préalable étaient radicalement nulles[5]. — Presque toutes les énonciations qui, d'après le droit actuel, doivent se retrouver dans les ajournements, sont une conséquence directe des prescriptions canoniques, ainsi qu'il est facile de s'en convaincre en parcourant les diverses parties du droit canonique traitant *de judiciis*[6]; ainsi, par exemple, les noms du demandeur et du défendeur[7]; l'objet de la demande[8]; l'indication du lieu où l'on doit comparaître[9], et du délai pour comparaître[10], toutes ces énonciations devaient être insérées dans la citation qui dut être rédigée en original et copie d'après le mandement d'Innocent III[11]. —

[1] Nov. 53, c. 3.

[2] *Pact. leg. salicæ*, tit. 1, c. 3. Baluze, I, 283. — *Ibid.*, c. 1 et 2. — Capit. de Charlemagne de 803, c. 33. Baluze, I, 397.

[3] Capit. de Lothaire, *apud Olon.*, c. 3. Bal., I, 321.

[4] C. *Quoniam* 11, L. 2, tit. 19, *apud Greg.*

[5] C. *Pastoralis* 2, L. 2, tit. 11, *ad Clem.*

[6] Rocco, *Jus canonicum ad civilem jurisprud. quid attulerit*, § 24. Palerme, 1839.

[7] Arg. C. *Venerabilis* 10, L. 2, tit. 15, *apud Gregor.*

[8] C. *Cum lite*, 2, L. 2, tit. 5, *ad Clem.* — C. *Vocation.* 1, c. 5, q. 2.

[9] C. *Quia nonnulli* 43, L. 1, tit. 3, *apud Gregor.*

[10] C. *Consuluit.* 24, L. 1, tit. 29, *apud Gregor. et alids.*

[11] Dict., cap. *Quoniam.*

— La notification dut être faite à personne; mais il fut admis que la notification à domicile serait valable en cas d'absence du défendeur. Cette précision importante fit cesser les controverses qui s'étaient élevées sur la validité d'une pareille notification, car certains textes du droit romain la déclarent nulle [1], tandis que d'après certains autres elle est valable [2]. — Enfin, à l'égard des vagabonds et autres personnes non domiciliées ou absentes, dans le sens rigoureux du mot, la citation dut être affichée dans un lieu public, de manière à ce qu'elle fût, autant que possible, portée à la connaissance du défendeur [3]. Enfin, à l'inverse de ce qui avait lieu à Rome [4], il fut défendu d'ajourner quelqu'un à comparaître devant le tribunal du lieu où son obligation avait pris naissance, lorsqu'il n'y était pas domicilié, à moins qu'il n'y eût été trouvé [5].

La juridiction séculière adopta de bonne heure la pratique canonique en matière d'ajournements, et l'ordonnance de Villers-Cotterets de 1539 qui, la première, prescrit aux sergents de rédiger les exploits en original et copie, et de les notifier à personne ou domicile, etc. (art. 22), paraît avoir seulement sanctionné un usage en vigueur depuis assez longtemps. — L'ordonnance de Blois [6], reproduisit cette disposition, qui fut ensuite régularisée quant aux détails dans la célèbre ordonnance de 1667 [7], base des prescriptions analogues que nous retrouvons dans notre Code de procédure (art. 1, 61, 68, 69, § 8).

II. Mais l'innovation la plus morale que nous devons au droit canonique, c'est l'établissement de l'essai préalable de conciliation. — L'Église, en effet, toujours animée par un esprit de fraternité et de concorde, ne prononçait jamais de condamnations qu'à contre-cœur. Avant de *dire droit* aux parties comparaissant devant sa juridiction, elle essayait de les concilier, de ménager une transaction, et ce n'était que lorsque ses efforts demeuraient sans résultat qu'il était procédé au jugement du

[1] L. 18, D., 2, 14.

[2] L. 5, § 2, D., 43, 24.

[3] C. *Venerabilis* 10, L. 2, tit. 24.— C. *Si adversarius* 4, L. 2, tit. 25, *apud Gregor.*

[4] L. 19, D., 5, 1.

[5] C. *Romana Ecclesia* 1, § *Contrahentes*, L. 2, tit. 2, in 6°.

[6] Tit. 2, art. 173.

[7] Art. 3 et 4. — V. encore : Déclarat. du 17 février 1668, art. 6. — Ordonn. de 1673, tit. 12, art. 17.

procès. — Honoré III prescrivit formellement la nécessité du préliminaire de conciliation, et déclara qu'en toute matière susceptible de transaction, c'était pour les juges non-seulement un droit, mais encore un devoir de chercher à concilier les parties sans se préoccuper de la rigueur du droit[1], et de les arrêter ainsi au début du procès. Et comme les citations n'étaient alors délivrées qu'en vertu d'une permission du juge, l'usage s'établit dans les tribunaux ecclésiastiques de ne décerner aucun ajournement sans qu'au préalable on n'eût vérifié si le procès était sérieux, et tenté par les voies amiables de mettre les parties d'accord[2].

Le préliminaire de conciliation, appliqué d'abord en Hollande, et préconisé ensuite par les philosophes encyclopédistes, fut adopté, pour la première fois, en France, par la loi du 16-24 août 1790, dont les dispositions ont été insérées, avec quelques sages restrictions réclamées par l'expérience, dans notre Code de procédure.—Il est surprenant que la loi civile n'ait pas plus tôt accueilli cette institution qui pourrait avoir de si grands résultats, si elle pouvait convenablement fonctionner. Mais, si dans notre ancien droit on ne retrouve aucune disposition qui prescrive l'essai préalable de conciliation, on rencontre néanmoins des documents importants qui ne sont pas tout à fait étrangers à la matière, et qui paraissent émaner de la doctrine canonique. Ainsi, par exemple, Charles IX publia, en avril 1561, un édit qui avait pour but de rendre plus fréquentes les transactions sur procès en les rendant plus stables. Il arrivait souvent, en effet, qu'après avoir amiablement transigé, une partie obtenait des lettres de rescision, lesquelles, mettant la transaction à néant, lui permettaient de recommencer le procès; de sorte que les transactions, ne présentant aucun caractère de certitude, devenaient de plus en plus difficiles. Par cette ordonnance, Charles IX déclara qu'à l'avenir ces transactions ne pourraient plus être attaquées pour cause de lésion, et que les lettres de rescision n'auraient plus aucun effet. Cette disposition, qui a servi de base à l'article 2052 du Code Napoléon, paraît avoir été inspirée par l'esprit du droit pontifical.

III. Le même esprit donna à l'institution des arbitrages une

[1] C. *Ex parte tuâ* 6, L. 1, tit. 26, *apud Greg.*

[2] Van Espen, *Tractatus historico-canonicus*, pars 3, tit. 7, cap. 2, n° 9.

extension qu'elle n'avait jamais eue auparavant. L'Église aurait voulu que tous les procès fussent amiablement terminés par arbitres, et on sait que, dans le principe, la juridiction épiscopale avait tous les caractères des arbitrages proprement dits. L'Église adopta les principes du droit romain sur cette matière, et introduisit, en outre, plusieurs règles nouvelles dont la législation moderne s'est inspirée. — Elle déclara non valable la sentence arbitrale violant la loi, l'équité, ou les termes du compromis [1], et admit par suite que le juge supérieur pouvait la corriger [2]. L'action, appelée *reductio*, par laquelle la partie lésée pouvait se pourvoir contre la sentence, n'était pas un appel proprement dit, mais elle avait, comme l'appel, un effet suspensif, et c'est de là qu'est venue la faculté de pouvoir appeler des sentences arbitrales, recours que ne permettait pas la loi romaine [3]. — Enfin, le principe que les sentences arbitrales ne sont exécutoires qu'en vertu de l'ordonnance du président, paraît également résulter de la doctrine canonique, d'après laquelle l'arbitrage ne valait que par l'autorité du juge supérieur [4].

§ 5.

SOMMAIRE. — I. LIBELLI OBLATIO. — Conclusions. — LITISCONTESTATIO, position des qualités.
II. Matières ordinaires et sommaires.
III. Reprise d'instance.
IV. Demandes reconventionnelles.
V. Péremption.

I. La citation, d'après la doctrine canonique, n'avait pour but que de faire comparaître le défendeur devant le juge. — Lorsque les parties étaient présentes, le demandeur devait faire l'*oblatio libelli*, c'est-à-dire, déposer entre les mains du juge un mémoire contenant l'objet et les moyens de la demande. Ces conclusions motivées étaient communiquées au défendeur qui pouvait ainsi préparer ses défenses [5]. Le libelle ne devait contenir que les moyens pouvant servir à corroborer la demande [6], et des conclusions précises pour fixer le juge sur l'étendue et les con-

[1] C. *Pervenit* 3; C. *Non sine multa* 2, L. 1, tit. 43, *apud Gregor.*
[2] C. *Non sine multa*, ibid.
[3] La L. 2, D., 4, 8, en donne la raison.
[4] C. *Cum à nobis* 13, L. 1, tit. 43, *apud Gregor.*
[5] V. L. 2, tit. 3, *apud Gregor.* (*De libelli oblatione*).
[6] C. *Examinata* 15, L. 2, tit. 1, *apud Gregor.*

séquences des prétentions du demandeur. — Mais comme il n'y avait rien de rigoureux dans le droit pontifical, et que l'Église était avare de ces déchéances que le droit romain avait prodiguées[1], il n'était pas nécessaire que le demandeur indiquât dans ses conclusions le nom de l'action qu'il entendait exercer; il n'avait qu'à y relater le fait dans toute sa simplicité, de manière que l'exposé du *fait* fît comprendre *le droit*[2], et il en est encore de même aujourd'hui. — L'ordonnance de 1667 adopta le principe de l'*oblatio libelli*, mais exigea que le libellé fût joint à l'assignation, et dès lors l'exploit d'ajournement dut contenir non-seulement l'objet de la demande, mais encore les moyens et l'indication du tribunal compétent pour en connaître. — Lorsque le défendeur, après avoir pris connaissance du libelle, déclarait ne pouvoir y acquiescer, on procédait à la *litiscontestatio*. La *litiscontestatio* ne pouvait résulter que de conclusions contradictoires prises formellement par chaque partie; il n'aurait pas suffi que le demandeur avançât, purement et simplement, des faits que son adversaire aurait ensuite déniés; il fallait qu'il articulât clairement sa demande, et que le défendeur conclût clairement à son relaxe[3]. C'est de là qu'est venu l'usage de *poser les qualités* (art. 343 C. pr. civ.), et de lier ainsi la cause entre les parties. Le juge rendait alors un jugement pour admettre les preuves réciproquement offertes.

II. Mais on ne suivait pas toujours cette manière de procéder. Le droit canonique avait distingué entre les matières *sommaires* et les matières *ordinaires;* et cette distinction, que nous lui avons empruntée, avait, dans le droit de l'Église, les mêmes résultats que devant nos tribunaux séculiers. L'Église, mue par un esprit de charité, n'avait pas voulu que les causes modiques et de peu d'importance, celles qu'elle appelait *sommaires*, fussent jugées avec cette solennité coûteuse et ces délais souvent préjudiciables que les causes plus importantes nécessitaient *ordinairement*. Aussi, lorsque le Saint-Siége était occupé par ces papes dont la science juridique égalait celle des plus grands jurisconsultes de l'époque, les juges qu'ils déléguaient pour connaître des contestations lisaient toujours dans la commis-

[1] La théorie des équipollents en matière de nullité de forme est le résultat évident de l'influence exercée par le droit pontifical.

[2] C. *Dilecti filii* 6, L. 2, tit. 1, *apud Gregor.*

[3] C. *Olim inter* 1, L. 2, tit. 5, *apud Gregor.*

sion qui les saisissait de la connaissance d'une cause de médiocre importance, la recommandation de procéder simplement, *de plano*, et sans aucune de ces formalités judiciaires qui allongent indéfiniment les procès. — Cette recommandation étant souvent mal comprise, les papes firent cesser toute controverse, en établissant clairement la distinction dont nous avons parlé, et en enjoignant aux juges de procéder, dans les matières sommaires, sans exiger d'autres écritures que l'ajournement, d'abréger les délais, et de faire seulement tenir note des réponses, aveux, déclarations et dépositions qu'ils auraient recueillis à leur audience[1]. — La procédure sommaire pénétra peu à peu dans les tribunaux séculiers : d'abord restreinte aux causes bénéficiales par l'article 10 des Établissements du roi Jean (décembre 1363), elle fut étendue aux actions possessoires par l'ordonnance de juillet 1493 (art. 32, 48 et 88), et l'application, que l'ordonnance de Villers-Cotterets[2] rendit plus fréquente, en fut enfin généralisée pour toutes les causes qui en étaient susceptibles par l'ordonnance d'Orléans[3], et définitivement régularisée par l'ordonnance de 1667[4], qui dans cette matière, comme dans les autres, a servi de base à la procédure actuelle.

III. Les effets que produisait la *litiscontestatio* en droit romain sont connus ; il en résultait une novation, une sorte de quasi-contrat judiciaire, dont la conséquence était la transmission active et passive de l'action aux héritiers, pourvu qu'elle fût de nature à pouvoir leur être transmise ou donnée contre eux. Cette transmission avait lieu de plein droit[5] ; c'était une conséquence des principes admis sur la nature de la *litiscontestatio*. Mais cette conséquence était trop rigoureuse, car elle tendait à forcer indirectement une partie à figurer en justice. Les tribunaux ecclésiastiques modifièrent la pratique romaine en adoptant l'usage de faire assigner l'héritier de la partie défunte en reprise d'instance, et de le mettre, par là, en mesure, s'il voulait éviter jugement, d'acquiescer aux prétentions de son adversaire[6]. — Les tribunaux civils accueillirent cette modifi-

[1] C. *Sæpe contingit* 2, L. 5, tit. 11, *ad Clem.*
[2] Août 1539, art. 18, 19, 33 et 48.
[3] Janvier 1560, art. 17.
[4] Tit. 17, art. 12, 13, 14, 15 et 16.
[5] L. 3, D., 46, 1. — L. 8, D., 28, 7. — Inst. IV, 12. § 1.
[6] Van Espen, *loc. cit.*, pars 3, tit. 7, cap. 3, n° 21.

cation, que nous trouvons consacrée pour la première fois dans l'ordonnance de décembre 1363 (art. 6), et le droit moderne l'a conservée en la combinant avec les principes du droit romain. En effet, conformément à ce qui avait lieu à Rome, l'instance ne sera pas hors de droit par le décès des parties ou leur changement d'état, lorsque les conclusions auront été contradictoirement prises, c'est-à-dire, lorsqu'il y aura eu *litiscontestatio* (art. 342 C. pr. civ.); et, au contraire, dans le cas où la *litiscontestatio* n'aura pas été possible, parce que le défendeur n'aura pas constitué avoué, ou bien lorsqu'elle n'aura pas encore eu lieu, il faudra, en cas de notification du décès de l'une des parties ou de changement d'état du demandeur, procéder suivant les règles canoniques, et reprendre l'instance conformément aux distinctions tracées par les articles 344 et 345 du Code de procédure civile.

IV. L'Église, comme on le voit, tendait toujours à prévenir les procès, et à donner aux parties la facilité de terminer amiablement leurs différends. Lorsqu'il lui était impossible d'y arriver, elle voulait au moins que toutes les difficultés pouvant diviser les parties fussent soumises à l'examen du juge, de façon qu'il pût les trancher toutes par un seul jugement et éviter ainsi une longue série de contestations ultérieures. — Elle obtint ce résultat par la grande extension qu'elle donna au principe de la connexité des causes et de la jonction des instances, et par la faveur avec laquelle elle accueillit les demandes reconventionnelles. — Les juridictions séculières, étant presque toutes *patrimoniales*, avaient toujours énergiquement repoussé la *reconvention*, qui aurait eu souvent pour résultat d'attribuer à un juge la connaissance d'un litige au préjudice d'un juge voisin. — L'article 106 de la coutume de Paris qui portait : « *Reconvention en Cour laïque n'a lieu, si elle ne dépend de l'action, et que la demande en reconvention soit la défense contre l'action premièrement intentée, et en ce cas le défendeur, par le moyen de ses défenses, se peut constituer demandeur,* » énonçait le principe général qui, sauf quelques légères modifications, était en vigueur dans toute la France. Les tribunaux ecclésiastiques, au contraire, accueillaient toutes les demandes reconventionnelles qui étaient produites devant eux, chaque fois qu'ils étaient compétents pour en connaître, soit que la demande reconventionnelle fût une conséquence directe de la demande principale,

soit, au contraire, qu'elle eût une cause tout à fait différente [1]; et les papes distinguèrent soigneusement le cas où la demande reconventionnelle était opposée en guise d'exception, auquel cas le défendeur devait le premier prouver son exception, et le cas bien différent où cette demande, n'ayant pas le caractère d'exception, n'avait besoin d'être établie qu'après la preuve faite par le demandeur [2]. — La juridiction séculière admit, autant que son organisation le lui permettait, la doctrine canonique et les distinctions qu'elle proposait; elle le fit surtout chaque fois que la demande principale et la demande reconventionnelle tendaient toutes les deux au payement de sommes d'argent qu'il était facile de compenser. C'était là l'usage constant du parlement de Rouen et du châtelet de Paris [3]. — Mais on comprend que l'organisation judiciaire de cette époque s'opposait à ce que la théorie des demandes reconventionnelles fût érigée en loi générale obligatoire pour toutes les justices seigneuriales; aussi la loi civile n'a-t-elle formellement consacré la doctrine canonique qu'après la chute de l'ancien ordre judiciaire.

V. L'esprit de l'Église, avons-nous dit, était de prévenir les procès et de les rendre aussi rares que possible; les modifications qu'elle fit subir au droit civil le prouvent suffisamment. Mais cette tendance ne l'aveuglait pas; elle reconnaissait que c'était un droit pour les parties de poursuivre le jugement d'une instance régulièrement introduite, et elle prit des mesures pour qu'elles ne perdissent pas ce droit par leur négligence aussi facilement qu'à Rome. — A Rome, en effet, le principe général en matière de péremption était, dans le dernier état du droit, que les instances civiles ne pouvaient jamais durer plus de trois années, à l'expiration desquelles elles étaient périmées de plein droit [4]. Et comme Justinien avait donné à cette disposition une raison d'ordre public, *ne lites fiant pene immortales et vitæ hominum modum excedant* [5], il avait été admis que le consentement réciproque des parties au procès était impuissant pour proroger ce délai ou faire revivre l'instance. — L'Église, qui n'a

[1] C. *Ex litteris* 1, L. 2, tit. 4, *apud Gregor.*
[2] C. *Cum dilectus* 2, L. 2, tit. 18, *apud Gregor.*
[3] Ferrière, *Dict.*, v° *Reconvention.*
[4] L. 13, c. 3, 1.
[5] *Ibid.*

jamais aimé ce qui ressemble à la surprise, n'admit pas ce rigorisme frappant sans retour une négligence parfois excusable. Elle concilia les droits de toutes parties en déclarant que la péremption acquise en principe, par l'expiration du délai de trois années, n'opérerait cependant jamais *ipso jure*[1]. — Les conséquences de cette décision, que l'on doit à Honoré III, furent fécondes; puisque la péremption n'opérait jamais *ipso jure*, il fallut que le défendeur la demandât formellement et que le tribunal la prononçât. — Et puisque le défendeur était obligé d'en faire la demande formelle, on admit, par une conséquence toute naturelle, que son silence équivalait à une renonciation sur laquelle il ne lui était plus permis de revenir quand le demandeur avait fait un acte de procédure valable, et, par suite, que le délai de trois années ne devait plus avoir, comme à Rome, la *litiscontestatio* pour point de départ invariable, mais seulement le dernier acte de la procédure.

La doctrine canonique eut, en cette matière, une double influence sur le droit civil. — Elle fit d'abord revivre le principe de la péremption, qui avait été négligé pendant longtemps. L'usage s'était, en effet, introduit d'obtenir des lettres de relèvement de péremption, de sorte que, quoique la péremption fût admise en théorie, elle n'avait presque jamais lieu en fait. L'exemple des tribunaux ecclésiastiques ayant mis cet abus en évidence, l'ordonnance de Villers-Cotterets y remédia en abolissant les lettres de relèvement[2], et plus tard l'ordonnance de Roussillon renouvela formellement le principe de la péremption des instances par une discontinuation de poursuites pendant trois ans[3]. — Enfin, le droit pontifical atténua dans la pratique la rigueur des principes romains, car bien que ni l'ordonnance de Roussillon, ni une ordonnance postérieure de janvier 1629 n'eussent déclaré que la péremption n'opérerait pas de plein droit, l'exemple de la juridiction ecclésiastique fit cependant admettre, devant la plupart des juridictions séculières, que le juge ne pourrait la suppléer d'office, que la partie qui voudrait s'en prévaloir devrait en faire la demande précise, et enfin qu'elle pourrait être couverte par tout acte de procédure; et un arrêt du parlement du 28 mars 1692 consacra cet usage, que

[1] C. *Venerabilis* 20, L. 2, tit. 1, *apud Gregor.*
[2] Août 1536, art. 120.
[3] Janvier 1563, art. 15.

la législation moderne a complétement adopté (art. 397, 399 C. pr. civ.).

§ 6.

SOMMAIRE. — I. Preuve par serment.
II. Preuve par témoins et par titres.
III. Interrogatoire sur faits et articles.

I. La preuve testimoniale et la preuve par serment étaient en vigueur quand le droit canonique commença à se répandre et à devenir en quelque sorte la législation universelle. Mais l'application de ces deux systèmes de preuves présentait de graves abus. Les papes s'attachèrent à mettre des bornes à l'usage immodéré du serment que la législation romaine favorisait beaucoup trop, et qui était si conforme aux mœurs des peuples d'origine germaine. — On attribue généralement à l'influence canonique cet abus déplorable des serments qui caractérise les périodes mérovingienne et carlovingienne, et qui se continue longtemps encore après l'établissement du système féodal. C'est là une erreur; l'Église s'efforce, au contraire, de modérer l'usage du serment. Dans le principe, en effet, elle commença par l'interdire aux chrétiens, et plus tard les Pères de l'Église déclarèrent qu'en lui-même il n'était pas un péché, mais qu'on ne devait le prêter qu'avec réserve et dans certaines conditions déterminées [1]. — D'ailleurs il faut bien saisir les motifs qui ont conduit l'Église à accorder une certaine faveur aux serments. Elle avait à choisir entre deux systèmes : le duel judiciaire, c'est-à-dire la loi de la force, et le serment, c'est-à-dire la loi de la conscience. Ne devait-elle pas, tout en redoutant le parjure, adopter le serment et s'en servir pour faire disparaître le duel judiciaire? C'est ce qu'elle fit, mais avec discernement. Nous voyons, en effet, Alexandre III réprouver l'usage qui s'était introduit d'accueillir sans mesure le serment des parties, déclarer que les juges ne pourraient recourir au serment qu'à défaut de tout autre moyen de preuve, et qu'on ne devrait pas l'imposer à celui qui aurait prouvé la légitimité de ses prétentions par acte ou par témoins [2]. C'est là le fondement de la législation moderne sur le serment supplétoire (art. 1366 et 1367 C. Nap.).

[1] V. Gratien, c. 22, q. 1. — Walter, *Manuel de droit ecclés.*, traduit par Roquemont, § 347.

[2] C. *Sicut consuetudo* 2, L. 2, tit. 19, *apud Gregor.*

Justinien avait remplacé l'action *calumniæ* par le serment de calomnie que devaient prêter le demandeur et le défendeur, à peine, le premier, de se voir refuser l'action, et le second d'être considéré comme *confessus* [1]. Cet usage était trop conforme aux mœurs des peuples barbares pour n'être pas adopté par eux; aussi le droit canonique dut-il le subir, et c'est là ce qui explique la présence dans les décrétales de Grégoire IX du tit. 7, L. 2, *De juramento calumniæ*. — L'Église ne l'accueillit cependant qu'avec des réserves; le concile de Valence, tenu en 855 sous le roi Lothaire, l'avait même supprimé totalement [2]; mais les mœurs barbares empêchèrent que cette prohibition eût l'effet qu'on devait en attendre, et l'on continua de le faire prêter aux parties devant toutes les juridictions. Eugène III déclara plus tard qu'il ne devait plus être prêté dans les causes spirituelles [3]; enfin le concile de Latran, sous Alexandre III, défendit aux clercs de le prêter [4]. — Il tomba ensuite en désuétude, aussi bien devant les tribunaux ecclésiastiques que devant la juridiction séculière, qui pendant quelque temps leur en avait emprunté la pratique [5].

II. L'Église préférait à la preuve par serment la preuve testimoniale; elle la préférait même à la preuve par titres [6]. Et cela se comprend pour une époque où les moyens de rendre les conventions authentiques étaient si peu développés, et où il était si facile de supposer des pièces fausses. — Aussi l'Église s'occupa d'une manière toute spéciale de la preuve testimoniale, et la procédure moderne est tout à fait calquée sur la pratique canonique : un examen rapide des points les plus importants va nous le démontrer.

Le juge devait d'abord prendre connaissance du procès, vérifier si la question à élucider était de fait ou de droit, et rendre son interlocutoire dans le cas seulement où il s'agissait d'une question de fait, et où le fait à prouver était concluant [7].

[1] Nov. 49, cap. 3.

[2] Pasquier, *Recherches*, liv. IV, ch. 3.

[3] Van Espen, *loc. cit.*, pars 3, tit. 7, cap. 4, nos 12 et 13.

[4] Pasquier, *loc. cit.*, ibid.

[5] Ferrière, *Dict.*, vo *Serment de calomnie*. — Durand de Maillane, *Dict. can.*, vo *Serment*.

[6] C. *Cum Joannes* 10, § *Porro*, L. 2, tit. 22, *apud Gregor.*

[7] C. *Examinata* 15, L. 2, tit. 1, *apud Gregor.* — V. Esp., *loc. cit.*, p. 3, tit. 7, c. 6. — Art. 253 C. p. c.

Les témoins produits à l'appui des faits articulés devaient prêter serment; leur témoignage n'avait de valeur qu'à cette condition [1]. — Nul ne pouvait se dispenser de déposer en justice dans les affaires civiles, quand son témoignage était invoqué [2]. — Les parties avaient le droit de reprocher les témoins produits contre elles pour certaines causes déterminées : ainsi le témoin qui s'était souillé d'un crime [3], ou qui était l'ennemi capital de celui contre lequel il était produit [4], et en général ceux qui étaient suspects de parjure [5], pouvaient être écartés. — Du principe que nul ne pouvait être témoin dans sa propre cause, ni dans celle où il figurait comme *procurator* [6], la pratique canonique avait tiré cette conséquence qu'on ne pouvait admettre, dans une cause, le témoignage de celui qui avait un intérêt dans une cause semblable [7]. — Pour réagir contre certaines doctrines qui faisaient dépendre l'appréciation du juge du nombre des témoins, l'Église déclara qu'en principe, et sauf les exceptions particulières, deux ou trois témoins suffiraient pour établir un fait [8]; que cependant un seul témoignage ne serait pas suffisant pour motiver une condamnation [9], mais que, dans tous les cas, il fallait plutôt avoir égard à l'autorité morale des témoins qu'à leur nombre [10], et que leur nombre ne devait être pris en considération que lorsqu'ils étaient tous également honorables [11]. — On admit le principe que les témoignages produits dans une cause n'avaient qu'une valeur relative, et ne pouvaient avoir d'autorité dans une autre cause, à moins qu'elle ne fût pendante entre les mêmes parties [12]. — Les témoins durent être entendus toutes parties présentes ou régulièrement sommées [13],

[1] C. *Præterea* 27; — C. *Nuper nobis* 51, L. 2, tit. 20, *apud Gregor.* — Article 262 C. p. c.

[2] V. tit. *De testibus cogendis*, L. 2, tit. 21, *apud Gregor.* — Art. 263 C. p. c.

[3] C. *Denique* 1, L. 2, tit. 25, *apud Gregor.* — C. *Super eo* 22, L. 2, tit. 20, *apud Gregor.* — Art. 283 C. p. c.

[4] C. *Licet Hely* 31, L. 5, tit. 3, *apud Gregor.*

[5] C. *In litteris* 24, L. 2, tit. 20, *apud Gregor.*

[6] C. *Insuper* 6, *ibid.*

[7] C. *Cum personas* 20, L. 2, tit. 20, *apud Gregor.*

[8] C. *Licet universis* 23, *ibid.* — V. art. 281 C. p. c.

[9] C. *Veniens* 38, *ibid.*

[10] C. *Insuper* 6, *ibid.*

[11] C. *Licet universis* 23, *ibid.*

[12] C. *Constitutus* 30, *ibid.*

[13] C. *In nomine*, *ibid.* — V. art. 261 C. p. c.

afin que chacun pût proposer ses reproches; et si le juge avait basé sa sentence sur les dires d'un témoin justement reproché, la sentence était nulle [1]. — Il fut permis de faire entendre des témoins dans une province autre que celle où se jugeait le procès, et devant des juges différents : c'est de là qu'est venu l'usage des commissions rogatoires [2]. — Ce fut un devoir pour les juges de décider d'après les témoignages produits [3], à la charge par eux de mettre tous leurs efforts à faire concorder les témoignages opposés [4], et à interpréter chaque déposition de la manière la plus douce, sauf à ne pas tenir compte d'une déposition contradictoire avec elle-même [5]. Enfin les parties eurent le droit, le cas échéant, de demander une prorogation d'enquête [6].

Les règles que nous venons d'indiquer étaient spéciales au cas où les faits à prouver n'étaient établis par aucun acte. Quand, au contraire, une partie produisait un acte à l'appui de sa demande, l'Église suivait cette règle importante (que l'ordonnance de Moulins lui emprunta en partie, comme nous allons le voir), que la preuve testimoniale était inadmissible contre le contenu d'un acte [7]; et que lorsqu'un acte avait été perdu il était permis d'en prouver le contenu par les témoins qui l'auraient lu, qui pourraient en rapporter la teneur et affirmer qu'il était *sine vitio* [8]. Cette disposition a été maintenue en partie par les articles 1336 et 1338, § 4, du Code Napoléon. — Enfin le droit canonique résolvait affirmativement la question, si fort controversée, de savoir si la fausseté du contenu dans un acte public, pouvait être prouvée par les témoins intrumentaires [9].

Tels sont les principes généraux sur lesquels le droit canonique fit reposer la preuve testimoniale. Les tribunaux chargés de les appliquer en déduisirent les conséquences pratiques, et la procédure qu'ils introduisirent à ce sujet était si bien con-

[1] C. *Ex parte* 7, *ibid.*
[2] C. *Cum olim* 34, *ibid.*
[3] C. *Tertio loco* 5, L. 2, tit. 19, *apud Gregor.*
[4] C. *Cum tu* 16, L. 2, tit. 20, *apud Gregor.*
[5] C. *Licet* 9, L. 2, tit. 19, *apud Gregor.*
[6] C. *Fraternitatis* 17; C. *In causis* 15, L. 2, tit. 20, *apud Gregor.* — V. article 219 C. p. c.
[7] C. *Illud* 11, L. 2, tit. 23, *apud Gregor.*
[8] C. *Cum olim* 12, L. 5, tit. 23, *apud Gregor.*
[9] C. *Cum Joannes* 10, L. 2, tit. 22, *apud Gregor.*

forme à la nature même des choses, que le législateur moderne n'a eu que très-peu de modifications à y apporter.

La régularité avec laquelle la preuve par témoins s'administrait devant les tribunaux ecclésiastiques, fit peu à peu abandonner l'usage des preuves négatives et du combat judiciaire, et par contre-coup amena une grande amélioration dans l'ordre judiciaire. Car lorsque les Établissements de saint Louis eurent déclaré que la preuve par témoins et par titres remplacerait désormais les duels, la procédure commença à devenir un art particulier qui fut l'apanage exclusif des praticiens et des jurisconsultes, et alors, suivant la remarque de Montesquieu, les pairs et les prud'hommes ne furent plus en état de juger; la noblesse, qui ne comprenait rien à la procédure, abandonna l'administration de la justice; les baillis s'en occupèrent exclusivement, et « cela se fit d'autant plus aisément qu'on avait devant les yeux la pratique des juges d'Église; le droit canonique et le nouveau droit civil concoururent également à abolir les pairs[1]. »

La législation canonique fut pendant longtemps l'unique règle qui présidât à l'administration de la preuve testimoniale, car les Établissements de saint Louis s'en étaient formellement référés au droit des décrétales en cette matière[2]. — Mais la pratique ayant mis en évidence certains abus résultant de la trop grande facilité des juges à admettre la preuve, l'ordonnance de Moulins[3] ordonna qu'il fût passé acte de toute convention excédant 100 livres, et, ce qui était conforme au droit pontifical, qu'on ne pourrait recevoir la preuve par témoins contre et outre le contenu aux contrats. Sauf cette importante innovation et quelques modifications légères, la doctrine canonique fut adoptée par les Cours séculières, et l'ordonnance de 1667 (tit. 20) en reproduisit les principales dispositions, que nous retrouvons encore dans le Code de procédure.

III. Quoique l'Église accueillît avec une faveur marquée la preuve testimoniale, elle préférait cependant l'aveu des parties; aussi ne négligea-t-elle, pour l'obtenir, aucun des moyens que lui fournissait le droit civil. — Nous avons vu que, malgré sa répugnance pour l'usage du serment, elle n'avait pas cependant voulu abolir entièrement le serment de calomnie, qui pouvait,

[1] *Esprit des lois*, liv. XXVIII, ch. 42.
[2] Liv. I, ch. 3.
[3] Février 1566, art. 54.

dans certains cas, produire de très-bons résultats. Ce même esprit lui fit adopter la pratique des interrogations en justice auxquelles est consacré le titre du Digeste *De interrogationibus in jure faciendis* [1]. — Mais le génie pratique des jurisconsultes de l'Église transforma ces interrogations et en fit *l'interrogatoire sur faits et articles*. La partie qui voulait le réclamer rédigeait par écrit les *questions de fait* (*positiones*) sur lesquelles l'interrogatoire devait porter, et les remettait au juge, qui les posait ensuite à la partie adverse. — Boniface VIII déclara que la partie qui refuserait de répondre aux questions qui lui seraient ainsi posées, ou qui ne comparaîtrait pas, serait considérée comme *confessa* [2]. — Les Cours séculières empruntèrent encore à la pratique canonique l'usage de l'interrogatoire sur faits et articles [3], de cette procédure qui pourrait, avec un juge intelligent, produire de si grands avantages. L'ordonnance de 1539 d'abord (art. 37), puis l'ordonnance de Roussillon (art. 6) et enfin la grande ordonnance de 1667 en la régularisant successivement, la constituèrent telle à peu près que l'a conservée le Code de procédure, sans même oublier la sanction de Boniface VIII, reproduite presque textuellement par l'article 380.

Enfin l'Église couronna son système général en matière de preuve en faisant revivre la règle importante que *l'interlocutoire ne lie pas le juge* [4], et en lui donnant même une extension qu'elle n'avait point eue jusqu'alors [5]. L'application de ce principe, d'abord repoussé par le droit féodal et plus tard par le parlement de Paris, ne fut jamais érigée en loi; mais les tribunaux inférieurs accueillirent le principe avec faveur, et il n'est pas douteux qu'il ne soit encore en vigueur à l'égard des jugements qui préjugent le fond [6].

[1] L. 11, tit. 1.
[2] C. *Si post* 2, L. 2, tit. 5, in 6°.
[3] Van Espen, *loc. cit.*, p. 3, tit. 7, c. 5, n° 31.
[4] L. 9, c. 7, 45.
[5] C. *Cum cessante* 60, L. 2, tit. 28, *apud Gregor.*
[6] V. sur l'origine et la portée de la maxime : *l'interlocutoire ne lie pas le juge*, une savante dissertation de M. le professeur Rodière, insérée dans le *Journal des avoués* (1847), t. LXXII, p. 705, art. 325.

§ 7.

SOMMAIRE. — I. Des jugements; de leur prononciation, rédaction, etc.
II. Condamnation aux dépens.
III. Exécution.

I. Les lois romaines contiennent un grand nombre de dispositions sur les jugements; on y retrouve en germe toutes les règles spéciales à la matière, mais le droit canonique les transforma en les appropriant à son esprit et à la procédure qu'il avait créée. — C'est à l'influence des décrétales qu'il faut attribuer les distinctions admises par la loi moderne entre les jugements par défaut et les jugements contradictoires, et surtout la faculté accordée au défaillant de former opposition. — A Rome, le défaillant dont la contumace avait été régulièrement constatée par trois édits (*edicta*), et dans le dernier état du droit par trois *denunciationes*, n'avait de recours possible contre la sentence qu'à l'aide d'une *restitutio in integrum*; il ne pouvait pas même en relever appel. — En droit canonique il n'en fut plus ainsi; comme on ne pouvait jamais prononcer une sentence définitive avant la *litiscontestatio*, il s'ensuivait que la sentence qui adjugeait au demandeur la possession des biens du défendeur n'avait aucun caractère définitif, et que ce dernier, en se présentant dans l'année, rentrait en possession de sa chose en remboursant les frais et en donnant caution de comparaître. S'il laissait écouler une année, il avait définitivement perdu la possession quand il s'agissait d'une action réelle, et ne pouvait agir qu'en revendication [1]. C'est de là qu'est sortie la pratique actuelle sur les jugements par défaut et les délais de l'opposition, laquelle est basée tout entière sur le principe que les sentences par défaut ne peuvent jamais être définitives par elles-mêmes.

Si nous passons maintenant aux jugements contradictoires, nous voyons que la distinction entre les jugements définitifs et les interlocutoires, provisoires, préparatoires, etc., si importante en matière d'appel, a été extraite par les canonistes du droit pontifical [2], d'où elle est passée dans les ordonnances et enfin dans le droit moderne.

Les Empereurs avaient ordonné que tous les jugements fussent

[1] C. *Quoniam* 5, § *in aliis*, L. 2, tit. 6, *apud Gregor.*
[2] C. *unic.*, L. 2, tit. 6, *ad Clem.*, Glos., in v° *Definitivè.*

rédigés par écrit et lus ensuite aux parties par le juge[1]. Justinien avait dispensé les évêques de cette formalité[2]; mais lorsque la juridiction ecclésiastique eut pris un développement considérable, elle se conforma à une décision qui s'alliait si bien avec son esprit, et les jugements furent toujours écrits avant d'être prononcés. Néanmoins, pour les jugements interlocutoires on conserva l'usage de les prononcer sans qu'ils fussent écrits; mais immédiatement après leur prononcé ils durent être couchés par le greffier[3], ainsi que cela se pratique aujourd'hui pour toute espèce de jugements.

On se rappelle que les papes exigèrent que les juges fussent toujours assistés d'un ou de deux greffiers[4]; la présence de ces officiers, dont les fonctions consistaient à retenir acte de tout ce qui se passait devant le juge, pour pouvoir ensuite en délivrer expédition aux parties, introduisit une modification fort importante dans la rédaction des jugements. — A Rome, la sentence prononcée par le juge ne contenait que le *dictum*; pour en comprendre le sens et la portée, il fallait la rapprocher de l'acte introductif d'instance. — Les greffiers des tribunaux ecclésiastiques adoptèrent l'usage de faire précéder le *dictum* d'un sommaire des faits du procès, et c'est de cet usage, perfectionné par les praticiens, que nous sont venues *les qualités de jugement* qui jouent un rôle si important dans notre procédure.

11. La maxime « *toute partie qui succombe doit supporter les dépens* » (art. 130 C. pr. civ.), qui avait d'abord été formulée par la loi romaine, et que la législation séculière avait si longtemps oubliée, nous a été conservée par le droit canonique. — Il fut longtemps de principe en France qu'il n'y avait pas de condamnation aux dépens en Cour laïque, et cela se comprend. — Sa procédure, qui se résumait tout entière dans le combat judiciaire, ne nécessitait aucuns déboursés, et la partie qui succombait était d'ailleurs condamnée envers le seigneur à des amendes fixes ou arbitraires, selon les cas. Mais quand la pratique judiciaire nécessita, en se perfectionnant, des dépenses considérables, il arriva que l'application du principe que les Cours laïques ne pouvaient jamais condamner aux dépens, pro-

[1] L. 1, 2, c. 7, 44.
[2] Nov. 17, c. 3.
[3] Van Espen, *loc. cit.*, tit. 9, c. 3, n° 8.
[4] C. *Quoniam* 11, L. 2, tit. 19, *apud Gregor.*

duisit des abus intolérables. D'un autre côté, la juridiction ecclésiastique les accordant toujours à celui qui triomphait, attira dans son sein la plus grande partie des plaideurs. Il devint alors indispensable, autant pour favoriser la partie qui gagnait son procès que pour empêcher la désertion complète des justices séculières, d'adopter la pratique canonique et de déclarer que les dépens de l'instance seraient toujours supportés par la partie condamnée. C'est ce qui eut lieu d'abord dans les pays de droit écrit, et l'ordonnance générale rendue en 1324 par Charles le Bel eut seulement pour but d'ériger en loi cet usage, et de l'étendre aux pays coutumiers [1]. — Les divers règlements qui furent portés depuis sur la liquidation, la taxe et la compensation des dépens, n'ont été que la reproduction des usages suivis en Cour d'Église.

III. L'exécution des jugements, qui était si rigoureuse dans le premier état du droit romain, et que les progrès de la civilisation, aidés plus tard par les lumières de l'Évangile, avaient considérablement adoucie, le fut encore davantage, quoique d'une manière indirecte, par l'influence canonique. — Le droit pontifical formula en effet des principes dont le législateur déduisit plus tard les conséquences, et qui eurent pour résultat d'améliorer la position des débiteurs. Ainsi, par exemple, il fut décidé que le débiteur excommunié devrait être absous quand son insolvabilité serait constatée, à condition qu'il donnât caution de payer ses dettes aussitôt qu'il le pourrait [2]; qu'on ne pourrait pas poursuivre l'exécution rigoureuse de la clause pénale contre le débiteur qui aurait acquitté la plus grande partie de sa dette, mais serait dans l'impossibilité d'en payer le solde [3]; et enfin que le juge pourrait accorder un délai pour le payement des dettes [4]. — Ces paternelles dispositions, si différentes des prescriptions rigoureuses du droit romain, et qui n'étaient d'ailleurs que l'application de ces paroles : *Pax homi-*

[1] Loysel, *Institutes coutumières*, n° 859. — V. encore dans le *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, t. IV, p. 28 et suiv., les *Observations historiques et critiques* présentées par M. le conseiller *Sacase* sur un acte de procédure de la fin du XIII siècle (18 octobre 1297), qui établissent d'une manière incontestable que la condamnation aux dépens était entrée dans la pratique judiciaire des Cours laïques avant l'ordonnance de Charles le Bel.

[2] C. *Odoardus* 3, L. 3, tit. 23, *apud Gregor.*

[3] C. *Suam* 9, L. 5, tit. 37, *apud Gregor.*

[4] C. *Quærentis* 26, L. 1, tit. 29, *apud Gregor.*

nibus bonæ voluntatis, ne furent pas sans influence, il faut le reconnaître, sur la marche des idées, et par suite sur les progrès de la législation. — Et lorsque nous voyons les laboureurs soustraits à la contrainte par corps par une ordonnance du 20 juillet 1367; lorsque nous voyons l'ordonnance de 1667 prononcer l'abrogation de la contrainte par corps pour dettes civiles, et permettre aux juges d'accorder un délai au débiteur malheureux; lorsqu'enfin nous parcourons ces dispositions pleines d'humanité qui déclarent insaisissables certains objets de première nécessité, et permettent au débiteur incarcéré d'obtenir sa liberté en payant une partie de sa dette et en donnant caution pour le surplus[1], nous ne pouvons nous empêcher, par une association d'idées toute naturelle, d'en faire remonter la cause à l'esprit chrétien, dont le droit canonique fut une si belle manifestation.....

Mais il est une règle d'une haute importance en matière d'exécution qui découle bien plus directement de la doctrine canonique. — Les guerres individuelles furent, on le sait, la conséquence immédiate de l'établissement du régime féodal. L'Église s'efforça de mettre un frein à cet esprit de violence et de brigandage qui avait couvert l'Europe de châteaux forts, et forçait la société à vivre toujours sur le pied de guerre. — En 1041 on voit des conciles se réunir, se constituer en véritables *congrès de la paix*, et décréter la *trêve de Dieu* (*trenga et pax*). Ils ordonnent que depuis le mercredi au soir jusqu'au lundi matin, personne ne prendra rien par force, ne tirera vengeance d'aucune injure, n'exigera de gage d'aucune caution..... Celui qui violera la trêve de Dieu payera la composition établie par les lois comme ayant mérité la mort, ou bien sera excommunié ou banni du pays..... — Cette mesure générale, qui produisit de si grands résultats, devait naturellement disparaître avec les causes qui en avaient provoqué l'établissement. Mais elle laissa cependant des traces durables, et c'est la religieuse observation de la trêve de Dieu qui donna naissance, dans certaines provinces du royaume, à l'usage de n'exécuter aucune contrainte par corps pour dettes civiles les dimanches et fêtes et après le coucher du soleil[2]. La législation moderne a généralisé cette

[1] L. 17 avril 1832, art. 24 et 25. — L. 13 décembre 1848, art. 6.
[2] Durand de Maillane, *Dict. can.*, v° *Trêve de Dieu.*

prohibition et l'a étendue, sauf quelques modifications, non-seulement à toutes les exécutions, mais encore aux simples significations. Ainsi donc, grâces à l'Église, le débiteur jouit encore aujourd'hui de la *trêve de Dieu;* il peut, dans le repos que lui font les *jours canoniques*, préparer sa libération, et sauver ainsi ses biens et sa liberté.....

§ 8.

SOMMAIRE. — I. De l'appel; régularisation des appels.
II. Effet dévolutif distingué de l'effet suspensif.
III. Exécution provisoire.
IV. Procédure d'appel.
V. Évocations.
VI. RÉCUSATIONS.

I. L'établissement de l'Empire, en provoquant une nouvelle organisation judiciaire sur les bases d'une hiérarchie inconnue à la République, avait permis à la législation romaine de créer un système régulier d'appellations bien mieux conçu que le *veto* des tribuns, qui jusqu'alors avait constitué l'unique recours possible contre une sentence injuste. Mais plus tard l'influence des lois barbares et l'avénement du régime féodal obscurcirent singulièrement la matière. — Comment aurait-on appelé d'une cause que le jugement de Dieu ou le combat judiciaire venait de terminer? — Comment un vassal aurait-il osé protester contre la décision rendue par son seigneur?.... Aussi l'usage de l'appel était-il inconnu, car on le considérait comme un acte de félonie et d'iniquité [1]. — Cependant, comme il fallait nécessairement une voie de recours contre les décisions, on admit qu'il était permis de *fausser* le jugement des pairs qui avaient assisté le seigneur, c'est-à-dire de déclarer le jugement faux et menteur et de provoquer les pairs en champ clos pour combattre; et comme le vilain ne pouvait combattre un chevalier, le vilain ne pouvait fausser le jugement rendu contre lui. — D'un autre côté, quand le seigneur justicier négligeait ou refusait de juger, on pouvait appeler de *défaute de droit* devant le seigneur suzerain, et, dans l'un comme dans l'autre cas, c'était au seigneur à venir à la Cour du suzerain défendre son jugement, et jamais à la partie qui avait d'abord triomphé; car ce singulier système de recours était exclusivement personnel au seigneur. — D'où

[1] *Établissements de saint Louis*, liv. II, ch. 25.

cette conséquence que l'appelant, quand il avait triomphé contre le seigneur, recommençait encore la lutte contre son adversaire, car ce dernier ne pouvait être privé du bénéfice que lui conférait le jugement rendu, par le résultat d'une querelle qui lui était étrangère, quoiqu'il en fût la cause indirecte. — Les Établissements de saint Louis apportèrent certaines améliorations à cet état de choses; ils décidèrent notamment que l'on pourrait fausser jugement sans être obligé de combattre; mais le nouveau système de procédure qu'ils introduisirent n'apporta aucune modification dans les principes qui régissaient la matière. C'était au droit canonique qu'était réservé l'honneur de faire disparaître ces restes de barbarie et revivre les saines notions du droit et de la justice, en régularisant les appels devant un tribunal composé d'un nombre supérieur de juges. — A Rome, en effet, on considérait seulement la dignité et non pas le nombre des magistrats; de sorte que souvent les juges d'appel étaient moins nombreux que les juges du premier ressort, et qu'il pouvait même arriver qu'un seul homme fût appelé à se prononcer sur le bien jugé d'une sentence portée par un tribunal composé de plusieurs juges. — D'après la pratique de l'Église, au contraire, il fallut que les tribunaux d'appel joignissent à l'ascendant de la dignité les garanties de lumière que donne la présence d'un nombre de juges plus considérable, et le second concile de Constantinople consacra ce principe, base de la théorie moderne sur les appels, en décidant que les sentences des synodes provinciaux seraient portées en appel devant les synodes diocésains, et seraient ainsi jugés par un nombre supérieur de juges, puisque les diocèses comprenaient alors plusieurs provinces [1].

Les appellations, on le sait, étaient rares dans la primitive Église, mais l'influence du recueil du Pseudo-Isidore les rendit d'une fréquence extraordinaire. — Plusieurs décrétales, reconnues depuis apocryphes, posèrent les bases des divers degrés de juridiction, des archevêques, des primats et des patriarches, et permirent même de s'adresser directement au pape [2]. — La cour de Rome ne fit dès lors aucune difficulté d'accueillir toute espèce d'appels, soit qu'ils fussent interjetés contre des juge-

[1] Rocco, *loc. cit.*, § 11.
[2] C. 2, q. 6. — Fleury, *Inst. au droit ecclés.*, p. 4, ch. 23.

ments définitifs, soit qu'ils le fussent contre des jugements n'ayant point ce caractère, et auxquels on donnait le nom générique d'*interlocutoires*. — Les métropolitains et les primats imitèrent les errements de la cour de Rome, et on fut bientôt jusqu'à relever appel des actes mêmes de pure juridiction gracieuse [1]. — Des hommes d'une haute sainteté, saint Bernard notamment, se plaignirent énergiquement de ces abus, qui furent enfin réprimés par les conciles de Latran, de Bâle et de Trente.

La pratique des Cours d'Église eut tout d'abord une influence directe sur l'administration de la justice séculière. Nous savons que c'est à elle qu'est due l'abolition du combat judiciaire; c'est donc elle aussi qui inspira cette disposition des Établissements de saint Louis qui dispense à l'avenir le *fausseur* de combattre, « changement qui fut une espèce de révolution, » dit Montesquieu [2], et qui en effet devait l'être, car il présageait la chute du règne de la violence et l'avénement prochain d'une ère de justice et d'équité. — L'influence du droit canonique fit encore disparaître cette opinion qu'il y avait dans l'appel quelque chose de félon imposant au juge l'obligation de venir personnellement défendre son jugement. La pratique des décrétales, qui déclaraient que la réformation d'un jugement ne pouvait jamais porter atteinte à l'honneur du juge tant qu'on ne l'aurait pas convaincu d'iniquité flagrante [3], éclaira peu à peu les idées sur ce point. On cessa d'ajourner personnellement les seigneurs en appel pour assigner leurs baillis, et plus tard on reconnut que le fait du juge était le fait de la partie, et que cette dernière seule devait être intimée. — L'exemple des justices ecclésiastiques donna une telle faveur aux appels, que l'on vit bientôt les seigneurs imiter leur organisation, et qu'une ordonnance du 1er juillet 1328 dut mettre des bornes à ces tentatives, en déclarant que les juridictions d'appel ne pourraient être établies sans l'autorisation du roi.

Il avait toujours été permis, en droit canon, d'appeler *ab omni gravamine*, *sive magno*, *sive minimè illato*, et de tout jugement antérieur ou postérieur à la sentence définitive [4]. C'était

[1] Van Espen, *loc. cit.*, p. 3, tit. 10, cap. 1.
[2] *Esprit des lois*, liv. XXVIII, ch. 29.
[3] C. *Hoc etiam* 37, c. 2, q. 6.
[4] C. *Super eo* 10, L. 2, tit. 28, *apud Gregor.*

là, on le comprend, une pratique vicieuse; aussi fut-elle modifiée par la chancellerie romaine, dont la règle 37e dispose qu'on ne pourra plus à l'avenir introduire des appellations avant le jugement définitif, si ce n'est à l'égard des interlocutoires non réparables en définitive. Le concordat passé entre Léon X et François Ier rendit cette règle exécutoire en France[1], et le concile de Trente la confirma expressément[2].

II. Le droit canonique avait fait entre les effets de l'appel une distinction précieuse et inconnue au droit romain. Il avait distingué entre l'effet *dévolutif*, qui est de transférer au juge d'appel la connaissance de l'affaire dont est appel, et l'effet *suspensif*, qui est de suspendre l'exécution de la sentence dont il a été appelé[3]. De sorte que tandis qu'à Rome tout appel était suspensif d'exécution[4], il n'en fut plus ainsi d'après le droit canonique; et dans plusieurs cas déterminés l'appel n'eut qu'un effet purement dévolutif, et ne fit aucun obstacle à l'exécution[5], L'appel, dès lors, fut dévolutif *par essence* et suspensif *par nature*.

III. La combinaison de cette distinction entre l'effet suspensif et l'effet dévolutif avec la règle de chancellerie prohibant les appellations des interlocutoires réparables en définitive, donna naissance à la théorie de l'exécution provisoire nonobstant appel et plus tard nonobstant opposition, qui, après avoir été appliquée dans les Cours d'Église à certaines causes sommaires, notamment aux causes d'aliments, s'introduisit dans le droit civil et fut consacrée par les ordonnances. — Les articles 11, 12, 13 et 14 de l'ordonnance rendue par Charles VII en avril 1453, qui, suivant le témoignage de Henrion de Pansey, est notre premier Code de procédure, déterminèrent les cas dans lesquels les jugements seraient exécutés nonobstant appel. — L'ordonnance de juillet 1493 (art. 53) et celle de mars 1498 (art. 80, 81, 82, 83 et 84) firent des précisions semblables. L'exécution provisoire fut le remède apporté à la faculté illimitée qu'avaient les parties d'appeler de toutes sentences défi-

[1] *Concord.*, tit. *De frivol. appel.*

[2] Sess. 24, c. 20, *De reform.*

[3] C. *Post appellationem* 31, c. 2, q. 6.

[4] L. 18, c. 7, 52.

[5] C. *Ad nostram* 3; *Reprehensibilis* 26, L. 2, tit. 28. — C. *Irrefragabili* 13, L. 1, tit. 21, *apud Gregor.* — Quoique ces textes soient spéciaux aux matières correctionnelles, la distinction avait cependant une portée générale, et ces textes ne s'occupent que d'un cas particulier de son application.

nitives ou non. — Mais le principe absolu posé par la chancellerie romaine, qui prohibait expressément l'appel des jugements réparables en définitive, finit par prévaloir, et a servi de base à une nouvelle distinction entre les jugements simplement préparatoires et les jugements interlocutoires proprement dits, ou accordant une provision. Les articles 451 et 452 C. pr. civ. ont appliqué à cette distinction la règle de chancellerie dont nous avons parlé en déclarant que l'appel d'un jugement préparatoire dont le caractère est d'être réparable en définitive, ne pourra être interjeté qu'après le jugement définitif et conjointement avec l'appel de ce jugement, et en permettant, au contraire, d'interjeter appel avant jugement définitif des sentences interlocutoires ou accordant une provision, lesquelles sont considérées comme n'étant pas réparables en définitive.

IV. Le droit canonique avait posé cette règle (fort importante à une époque où le nombre des degrés de juridiction était plus considérable qu'aujourd'hui), que l'appel devait toujours avoir lieu *gradatim*, du juge subalterne à son supérieur immédiat, *non omisso medio* [1]. La justice séculière reconnut l'utilité de cette règle, qui fut consacrée par une ordonnance du 3 mars 1356, déclarant que les appels d'aucuns jugements ne pourraient être portés au parlement qu'après avoir parcouru tous les degrés de juridiction inférieurs. — Ainsi fut affermie la hiérarchie judiciaire, base de toute bonne administration de la justice.

Le droit canonique admettait cependant, par exception, les appellations directes au pape, *omisso medio*, mais le concordat de 1515 les défendit rigoureusement [2].

La procédure d'appel fut empruntée tout entière à la pratique canonique par les tribunaux séculiers. Ainsi l'appel dut toujours être fait par un écrit contenant les griefs [3], quand il n'avait pas été interjeté de vive voix à l'audience le jour de la prononciation du jugement [4], et l'appelant fut obligé de se faire délivrer par le juge du premier ressort des lettres démissoires ou *apôtres*, pour les faire tenir au juge d'appel [5]. L'appel devait être

[1] C. *Non putamus* 2, L. 1, tit. 4, in 6°, *Glosa*, in v° *Officialis*. — C. *Dilecti* 66, L. 2, tit. 28. — C. *Duo simul* 9, L. 1, tit. 31, *apud Gregor*.

[2] *Concord.*, § 1, *De frivol. appell.*

[3] C. *Post appellationem* 31, c. 2, q. 6.

[4] C. *ult.*, § *Litigatoribus*, c. 2, q. 6.

[5] C. *Cordi nobis* 1; — C. *Ut super* 4, L. 1, tit. 15, in 6°.

interjeté et les apôtres obtenus dans un délai déterminé après lequel l'appelant n'était plus recevable. — L'usage de *demander apôtres* tomba bientôt en désuétude dans les Cours d'Église, et l'article 117 de l'ordonnance de 1539 l'abrogea expressément pour la juridiction séculière. Enfin toutes les mesures prises pour empêcher les appels *frivoles*, telles que la rigueur des délais, l'amende et la condamnation aux dépens, ont été puisées dans la pratique canonique, d'où elles étaient passées dans le concordat de 1515.

V. L'usage des évocations, qui prit naissance à la cour de Rome, fut adopté avec faveur par les grands corps judiciaires, qui trouvaient ainsi le moyen d'étendre leur influence. — L'article 9 de l'ordonnance d'avril 1453 confirma le parlement dans le droit que lui avaient conféré certains édits antérieurs, de retenir la connaissance des affaires qui seraient incidemment portées en appel devant lui, lorsqu'il jugerait que la nature de la cause le demanderait. — Le vague de cette disposition et de celles qui l'avaient précédée fut la source de graves abus énergiquement signalés par les états de Languedoc en 1456, et par les états généraux en 1483. Ces protestations furent l'occasion d'une foule d'ordonnances qu'il est inutile d'analyser; elles tendaient toutes à restreindre dans de justes limites ce droit, qui doit être exercé dans le seul intérêt des parties. Le Code de procédure a conservé les évocations, mais a soigneussment déterminé le cas où elles pourraient avoir lieu (art. 473).

VI. Enfin, la faculté que doivent avoir les parties de récuser les juges pour cause déterminée fut réglementée par le droit canonique d'une manière plus exacte que ne l'avait fait le droit romain. — Ainsi la récusation dut être proposée au début du procès, à moins que les causes n'en fussent survenues postérieurement[1], distinction qui avait échappé au droit romain et que le Code de procédure a adoptée (art. 382). — Les causes de récusation durent être énoncées dans le *libellum recusationis*, tandis qu'à Rome il paraissait suffire que le récusant affirmât par serment que le juge lui était suspect[2]; le Code de procédure a admis encore cette modification (art. 384). — De plus la récusation eut, comme l'appel, un effet suspensif de l'auto-

[1] C. *Insinuante* 25, L. 1, tit. 29.— C. *Pastoralis* 4, L. 2, tit. 25, *apud Greg.*
[2] V. Espen., *loc. cit.*, p. 3, tit. 10, c. 5, n° 6.

rité du juge récusé (V. art. 391 C. pr. civ.), et c'est la raison pour laquelle les décrétales l'ont mise sur la même ligne que l'appel, et s'en sont occupées dans le même titre (L. 2, tit. 28).

Nous en avons dit assez pour démontrer combien grande a été la participation de l'Église dans l'établissement des lois de la procédure. Tout ce qu'il y a de plus important en cette matière, ce que nous pourrions en appeler la partie noble, dérive directement des décrétales. On peut donc le dire avec raison : la procédure actuelle n'est qu'une application continuelle du droit canonique modifié selon les besoins de l'époque et les circonstances. THÉOPHILE HUC.

DE L'EFFET DE LA NAISSANCE EN FRANCE SUR LA NATIONALITÉ.

(Loi du 7 février 1851.)

Par M. Ch. BEUDANT, professeur suppléant provisoire à la Faculté de droit de Strasbourg.

1. Dans un article précédemment inséré dans la *Revue*, j'ai essayé d'exposer les innovations introduites par la loi sur la naturalisation du 3 décembre 1849, et surtout l'influence qu'ont pu exercer sur les dispositions de cette loi les monuments législatifs qui ont suivi le rétablissement de l'Empire[1].

[1] T. VII, livraison d'août 1855. — Lors de l'impression de cet article, l'abolition de la grande naturalisation, depuis la loi du 3 décembre 1849 qui l'avait rétablie, n'avait encore été enseignée par aucun auteur, à notre connaissance au moins. Quelques précédents seuls faisaient prévoir qu'elle pourrait être soutenue, et nous avaient porté à combattre éventuellement cette solution. Depuis, l'opinion contraire à celle que nous avions essayé de défendre a été admise par MM. Aubry et Rau, qui enseignent, dans la 3e édition de leur *Cours de droit civil*, qu'une loi n'est plus nécessaire pour qu'un étranger naturalisé simplement puisse siéger aux assemblées législatives (*a*). Plus récemment encore, la même doctrine a été admise par M. Demangeat, dans les notes précieuses dont il a enrichi la 3e édition, publiée par lui, du *Traité de droit international privé* de M. Fœlix (*b*).

Mettant à l'écart les considérations que fournissent les travaux préparatoires et la loi de 1849, et qui, nous l'avouons, sont favorables à l'idée d'ab-

(*a*) T. I, p. 226, note 29.
(*b*) T. I, p. 92.

Cette loi du 3 décembre 1849 n'est pas la seule qui ait apporté des modifications récentes à la partie de notre législation qui a

rogation actuelle, MM. Aubry et Rau, et M. Demangeat, qui ne fait du reste que reproduire l'argumentation des savants professeurs de Strasbourg, appuient leur solution sur trois textes : l'article 20 de la Constitution du 14 janvier 1852, et les articles 12 et 26 combinés du décret organique du 2 février 1852.

Le décret du 2 février, disent-ils, après avoir déclaré électeurs, dans son article 12, tous les Français âgés de vingt et un ans et jouissant de leurs droits civils et politiques, déclare éligibles, dans son article 26, tous les électeurs âgés de vingt-cinq ans; or les naturalisés simplement sont électeurs sans que leur naturalisation ait été homologuée par une loi : donc ils sont éligibles dans les mêmes conditions.

Quelque rigoureuse et décisive que soit au premier abord cette argumentation, nous croyons qu'elle se soutient difficilement en présence des considérations suivantes. Les articles 12 et 26 du décret organique, dans lesquels MM. Aubry et Rau voient établie l'indivisibilité des droits d'élire et d'être élu, et dès lors l'inconstitutionnalité de la grande naturalisation, sont la reproduction *textuelle* des articles 25 et 26 de la Constitution du 4 novembre 1848. L'esprit dans lequel ils ont été reproduits est identiquement le même, ainsi que le dit formellement la circulaire du ministre de l'intérieur du 20 janvier 1852 (*a*). Or si, écrits dans la Constitution de 1848, ces articles ont permis le rétablissement de la grande naturalisation sous l'empire de cette Constitution, par la loi du 3 décembre 1849, comment, transportés sans changement aucun, dans le décret de 1852, y seraient-ils devenus incompatibles avec le maintien de cette même grande naturalisation? Une loi peut-elle être tacitement abrogée par des textes qui existaient au moment de sa promulgation? Cette corrélation, d'ailleurs, entre les droits d'élire et d'être élu, n'est pas nouvelle; elle apparaît, aussi nettement établie que dans le décret de 1852, dans toutes les lois électorales qui se sont succédé depuis l'ordonnance de 1814. Il n'y a, pour se convaincre de cette identité de rédaction, qu'à comparer les deux articles du décret avec les articles correspondants des lois antérieures : pour l'électorat, l'article 1er des trois lois électorales des 5 février 1817, 19 avril 1831 et 15 mars 1849; pour l'éligibilité, l'art. 40 de la Charte de 1814, l'art. 59 de la loi de 1831, et 79 de celle de 1849. Pourquoi cette abolition tacite de la grande naturalisation ne se serait-elle pas produite depuis longtemps? C'est que l'indivisibilité des droits d'élire et d'être élu n'est vraie que politiquement parlant, et non au point de vue de la détermination des conditions civiles d'aptitude, conditions réglées par des lois spéciales d'un ordre tout différent.

Quant à l'article 20 de la Constitution du 14 janvier, les mêmes observations affaiblissent beaucoup l'argument qu'on en tire. Il donne à l'Empereur, il est vrai, le droit de choisir les sénateurs *parmi les citoyens* jugés dignes de cette haute distinction, sans restriction; mais depuis l'ordonnance de 1814, il n'est pas une constitution qui n'ait employé cette expression générale, et cependant on y a toujours regardé comme sous-entendue la restric-

(*a*) *Moniteur* du 20 janvier 1852.

trait à la détermination de la qualité de Français. Deux autres lois, celles des 22 mars 1849 [1] et 7 février 1851 [2], sont venues gravement modifier les règles concernant la nationalité d'origine, en étendant les priviléges attachés au fait de la naissance sur le sol français.

2. Aucun texte, dans nos lois actuelles, n'indique, au moins d'une manière formelle, quels éléments déterminent la nationalité d'origine. La qualité de Français se transmet-elle avec le sang, ou résulte-t-elle du fait seul de la naissance sur le sol français? Ce sont là des questions sur lesquelles nos lois présentent des fluctuations bien dignes d'attention. L'histoire, on l'a dit depuis longtemps, qu'elle s'attache aux faits ou aux institutions, semble n'être qu'une série d'actions et de réactions qui rendent fort difficile, au premier abord, de dire si les changements que le temps constate dans les détails d'une législation constituent de véritables progrès, ou ne sont que des étapes d'une marche capricieuse revenant, après de longs circuits, au point de départ. Les rédacteurs du Code de 1804 avaient, sur le point que nous indiquons, innové sur les idées en cours depuis longtemps. Rompant avec les traditions féodales qui faisaient dépendre la nationalité de la naissance sur le sol, consé-

tion toute spéciale de l'ordonnance de 1814. La Charte de 1830 est même bien plus explicite; car après avoir limité, dans son article 20, le choix des pairs de France par des conditions que peut parfaitement réunir le naturalisé simplement, elle ajoute que les personnes indiquées pourront être admises à la pairie *sans autre condition* (art. 20, § 22). Et cependant nul n'a songé à voir dans ce texte l'abolition de la grande naturalisation, quoique la nécessité de l'obtenir ajoutât une condition à celles que l'article 20 semblait énumérer d'une manière limitative.

Nous ne pouvons nous résoudre à voir dans ces textes les éléments de l'abrogation tacite si nettement précisée par MM. Aubry et Rau : *L'abrogation tacite supposant une incompatibilité formelle, elle ne saurait, quant aux lois qui règlent des matières spéciales, découler de la promulgation d'une loi générale postérieure, à moins que l'intention contraire du législateur ne résulte clairement de l'objet ou de l'esprit de cette loi : legi speciali per generalem non derogatur. Les lois spéciales ne peuvent donc, en général, être tacitement abrogées que par des lois spéciales nouvelles* (a). A l'égard de la Constitution du 14 janvier 1852, comme du décret du 2 février 1852, la loi du 3 décembre 1849, surtout pour celle de ses dispositions qui concerne la grande naturalisation, n'est-elle pas une loi spéciale au premier chef?

[1] X. B. 139, n° 1214.

[2] X. B. 352, n° 2730.

(a) *Cours de droit civil*, t. 1, p. 51.

quence forcée du principe qui rattachait la condition de l'homme à celle de la terre, ils la firent résulter exclusivement des rapports de filiation : c'est le sang qui constitue le lien national. Aujourd'hui, par suite d'atteintes portées à cette théorie, nous en sommes revenus, à peu de choses près, au système contre lequel la réaction avait été si vive en 1804 : la terre reprend son empire. Cherchons les causes de ces différentes réactions; elles nous diront peut-être s'il était opportun d'abandonner les tendances écrites dans les lois du Consulat. Il y avait une question à décider sur laquelle la jurisprudence et les auteurs offraient des décisions divergentes; faute de l'avoir posée telle que l'avaient présentée jusqu'ici la pratique et la doctrine, nous croyons qu'on a dépassé le but, et qu'on l'a résolue un peu comme Alexandre dénoua le nœud gordien.

3. Ces deux manières d'envisager l'idée de nationalité, l'une la matérialisant en la subordonnant à l'élément territorial, l'autre la spiritualisant pour en faire un titre personnel, ont des racines dans l'histoire.

Dans l'antiquité, l'esprit national apparaît presque toujours se confondant avec l'esprit de caste ou de tribu; c'est la voix du sang qui parle sous l'empire de préjugés jaloux, présomptueux ou intolérants. L'Égyptien montre son mépris pour l'étranger en gravant sur les monuments qu'aucun homme du pays n'y a travaillé; le Scythe immole ses hôtes sur les autels de Diane : c'est une œuvre pie; le peuple élu n'admet pas d'alliance avec le peuple de Chanaan. Ailleurs, l'organisation politique amène les mêmes résultats : l'homme disparaît devant le citoyen; et la nationalité donnant le droit de participer à l'autorité souveraine, le titre qu'elle confère ne peut appartenir qu'à ceux qui sortent de la souche même de la tribu : « Patriciis auspiciis non aborigenis rempublicam administrare opportere, » répondait le sénat romain à ceux qui proposaient d'appeler les Latins à remplir les vides faits par l'épée d'Annibal. — Aussi voyons-nous les peuples qui nous ont transmis le souvenir de leurs institutions sur ce point, regarder la nationalité comme un privilége de famille.

Les cités grecques, plus hospitalières, mais non moins jalouses de leur homogénéité, n'admettaient comme citoyens que ceux qui avaient père et mère citoyens. Si ce titre manquait chez l'un ou l'autre des parents, les enfants, appelés Νόθοι, sui-

vaient en tout la condition des étrangers [1]. Athènes instituait des jeux en faveur de ceux qui la visitaient; mais se croyant un peuple sans mélange, elle refusait d'altérer la pureté de son sang par des alliances étrangères. A peine le vainqueur de Salamines put-il faire oublier que sa mère était d'Halicarnasse! A peine Périclès, malgré sa gloire, put-il faire pardonner à son fils le sang milésien de sa mère : les lares de la patrie doivent rester cachés aux yeux de l'étranger. Si quelquefois elle se départ de sa sévérité et admet dans son sein ceux que n'y a pas placés la filiation, elle multiplie conditions et épreuves. Un premier décret admet la candidature; un second valide la présentation; et tous deux doivent réunir le vote favorable de six mille Athéniens. La naturalisation ainsi prononcée peut tomber sur la plainte d'un tribunal supérieur; car ceux-là seuls peuvent obtenir la cité qui ont été bannis de leur pays à perpétuité, ou qui ont fixé à Athènes leur famille et leurs intérêts : les soldats de Marathon eux-mêmes se virent refuser l'exemption de ces conditions. Encore l'étranger reste-t-il exclu des curies, des fonctions d'archonte ou de grand prêtre, jusqu'à ce qu'un séjour prolongé l'ait identifié à sa nouvelle patrie, εκ τριγονιας, c'est-à-dire après trois générations. C'est seulement alors qu'il reçoit ce titre significatif δημοποιητος [2].

Rome connut davantage l'influence du sol sur la nationalité. A l'origine, tous les droits que ses lois sanctionnent sont subordonnés à l'existence dans la cité : celui qu'elle y veut faire participer prendra part à la possession de l'*ager romanus*. Obéissant au besoin de se fortifier, elle transporte dans son sein, en se les assimilant, les ennemis vaincus [3]. Plus tard, quand ce système devint possible, à mesure qu'elle attira sous son sceptre des populations éloignées, on la vit s'assimiler au loin les territoires conquis, et par suite leurs habitants : ce seront les *populi fundi* [4]. Il y a là quelque analogie avec la naturalisation collective attachée de nos jours à l'incorporation de territoire, telle que l'a réglée la loi du 14 octobre 1814 sur le sort des habitants des provinces réunies à la France depuis 1791. Ces assi-

[1] Samuel Petit, *Leg. attic.*, liv. II, tit. 4.

[2] Schæmann, *Antiquitas juris publici græcorum*, p. 80, 115, 192 et 200.

[3] Tite-Live, I, 29 et 33; II, 4.

[4] Giraud, *Recherches sur le droit de propriété*, passim.— Laferrière, *Histoire du droit civil de Rome*, t. I, p. 194 et suiv.

milations ne sont que des concessions ultérieures plus ou moins complètes, instruments de la politique dominatrice de Rome, et qui sont étrangères à la détermination spéciale de la qualité de citoyen. Or, sous ce rapport, là comme à Athènes, c'est le sang, la souche, qui constituent la nationalité; il faut pureté complète d'origine : *Ex peregrino et cive romanâ, peregrinus nascitur..... ex cive romano et latinâ latinus nascitur* [1]. Telles étaient les dispositions d'une loi Mensia (V. C. 735) dont parle Tite-Live [2]. Plus tard, il est vrai, un sénatus-consulte d'Adrien abrogea cette loi Mensia, et ne laissa plus subsister la règle qu'elle posait que pour les enfants nés hors des *justæ nuptiæ* [3]; mais ces changements n'infirmèrent en rien le principe qui réglait la nationalité par la filiation. Aussi Cujas résumait-il les idées romaines sur ce point en disant (observat. 33) : « Recte » romanum interpretamur Româ oriundum, et in jure nostro » semper notatur origo paterna, non origo propria et natale » solum. »

4. L'antiquité ne nous offre donc pas trace de ce principe qui, pendant longtemps, formera plus tard le droit commun de l'Europe : la fixation de la nationalité par la naissance sur le sol, indépendamment de tout rapport de filiation. La résidence a pu être jusqu'ici une des conditions de la naturalisation, jamais elle n'a suffi à elle seule pour entraîner l'assimilation.

Ce principe nouveau surgit au commencement des temps modernes. Nous le trouvons en pleine vigueur en France au sortir de la féodalité, et exclusivement appliqué jusqu'au XVIIIe siècle. Pour être Français, l'origine française n'est plus nécessaire, elle ne suffit même plus : les titres et les qualités ne se transmettent que par la terre. Les textes abondent qui constatent unanimement ce résultat : « Les vrais et naturels Français, dit » Bacquet, sont ceux qui sont naiz dedans le royaume, pais, » terres et seigneuries de la nation, domination et obéissance » du roy [4]. » — « Tout homme, dit ailleurs le même auteur, natif » hors du royaume de France, soit noble ou non noble, est au- » bain, c'est-à-dire estranger....; de sorte qu'il faut considérer » seulement si celui qui veut succéder est né en France, non

[1] Ulpian., *Reg.*, V, §§ 8 et 9.
[2] IV, 4.
[3] Gaius, c. 1, § 56. — L. 19 et 26, ff., *De statu hominum.*
[4] Bacquet, *Traité du droit d'aubaine*, I, ch. 1, n° 2.

» pas si les parents étaient Français ou estrangers[1]. » Au temps de Pothier, à la fin du XVIIIe siècle, ces principes avaient déjà cessé d'être exclusifs. La naissance sur le sol suffit toujours pour constituer la nationalité, mais elle n'est plus indispensable; et à côté de la transmission par le sol se place la transmission par le sang : l'enfant né en pays étranger de parents français est Français, comme l'enfant né en France de parents étrangers. L'étranger n'est plus que celui qui est né en pays étranger et de parents étrangers[2].

5. Ce n'est pas sans raison qu'avaient surgi ces modifications au système radical indiqué par Bacquet. Sans partager l'optimisme historique d'une école philosophique aujourd'hui célèbre, sans voir dans l'histoire la réalisation fatale des destinées de l'humanité, et admettre la rationalité de tous les produits du temps, il est impossible de nier que certaines idées se développent sous l'influence d'une force irrésistible et persistante. L'école historique a eu la gloire de mettre en évidence cette action du temps sur les institutions, de montrer que les éléments premiers de la justification des lois sont dans l'obéissance que doit l'humanité à l'action mystérieuse du temps et des lieux. Or la subordination de la nationalité au territoire eut sa raison de haute utilité pendant l'époque féodale, comme, plus tard, la prédominance des rapports de filiation sur les rapports réels, son absolue nécessité.

6. L'histoire politique prête ici ses lumières à l'histoire des institutions. Après cette grande confusion de races qui fit des Ve et VIe siècles l'époque peut-être où l'humanité a le plus souffert, les chefs de tribus durent songer à enchaîner l'homme à la terre. Après trois siècles de chaos, pendant lesquels les nouveaux conquérants avaient parcouru l'Europe en tous sens, les flots débordés allaient rentrer dans leurs lits et les nations se reconstituer. Il fallait, pour cela, localiser les hordes errantes, les assujettir à une vie sédentaire : le seul moyen était de rendre la vie difficile hors des foyers. Les mœurs d'un peuple, fier surtout comme le peuple germain, ne changent pas en un jour; aussi l'entreprise était immense. Elle devint la constante préoccupation des rois francs des deux pre-

[1] Bacquet, IV, ch. 32, n° 7.

[2] Pothier, *Des personnes*, liv. I, tit. 2, sect. 1. — Domat, *Droit public*, liv. I, tit. 6, sect. 4, n° 5.

mières races, de ceux au moins qui eurent une politique. Les Mérovingiens succombèrent à la tâche, et leurs efforts pour reconstituer la Gaule à l'image de la société romaine se brisèrent devant la révolte. Mais les nécessités du temps sont us fortes que la volonté des hommes; et le fédéralisme féo- al va faire ce qu'avaient vainement tenté les Mérovingiens, ce qu'avait préparé en grand la main puissante de Charlemagne. Sous lui une digue avait été élevée contre cette inondation d'hommes que l'Europe subissait depuis quatre siècles : l'ordre social moderne commence à se développer; et incapable de s'élever encore à l'unité nationale, la Gaule va voir la localisation s'opérer dans ces petites sociétés *faites*, dit M. Guizot, *à la mesure du degré de développement des hommes* [1].

L'étranger, le warganeus, l'adventice, le desconnu, n'est plus seulement celui qui appartient à une autre nation, mais celui qui se trouve dans un canton dont il n'est pas originaire, *qui diœcesim mutavit*. Le 3e capitulaire de 806 constate expressément ce résultat, quand, en parlant des étrangers, il ordonne de rechercher *de quo pago sunt* : *Quanti adventitii sunt in illorum missatico et de quo pago sunt* [2]. Désormais on appartient au sol où l'on est né. L'homme qui fuit le canton où l'a placé le hasard est un criminel, un déserteur, une épave : on le rend serf [3]. L'usage se maintient, en suivant les vicissitudes du servage, pendant l'époque coutumière : « Ceux qui d'estrangers pais vien- » nent faire mansion en la ville de Chatillon, s'ils veulent ad- » vouer ledit abbé, ils sont ses hommes et femmes, taillables » hault et bas, et de main morte [4]. » Et s'ils ne se placent pas sous l'avouerie, leur position est pire encore : « Si aucun au- » bain, autrement appelé un avenu, est demeurant par an et » jour dans ladite chastellenie, sans faire aveu, il est acquis » serf au seigneur [5]. » On sait à quel point la localisation devint absolue.

7. Cet état de chose s'explique, comme presque toutes les in-

[1] V. le 4e Essai sur l'histoire de France.

[2] Baluze, t. I, p. 450. — Perreciot, *De l'état civil des personnes dans les Gaules*, t. II, p. 71.

[3] Marculfe, liv. I, form. 8. — Beaumanoir, ch. 45, n° 19.

[4] Cout. de Chatillon, éditée par M. Giraud, *Hist. du droit français*, t. II, p. 340.

[5] Cout. de Châteauneuf, tit. 2, art. 20. — Cout. de Vitry, art. 72. — Anc. cout. de Champagne, art. 53.

stitutions féodales, par l'influence des idées germaines. Les Germains nous offrent une conception de l'idée de nationalité toute différente de celle que nous a montrée l'antiquité. Ce qui rattache l'homme à la tribu, ce n'est pas l'influence du sol, ce ne sont pas les rapports de parenté : c'est l'affiliation dans le système de garantie réciproque[1]. Chez nous, l'homme relève directement de l'État, dans lequel il trouve un protecteur et trop souvent un maître; chez les Germains, l'association supplée l'autorité publique qui fait défaut : le protecteur c'est la famille, le vengeur c'est la famille, le garant c'est encore la famille. Aussi n'est-ce que par la famille qu'on appartient à la tribu : la nationalité s'exprime par le mot *familiaris;* et l'on appartient à la famille, ainsi envisagée, moins par les liens du sang que par l'existence de la responsabilité réciproque. Il suffit d'habiter trois nuits la maison de son hôte pour faire partie de sa famille : *tribus noctibus hospes familiaris habendus;* c'est-à-dire pour avoir comme garants tous ceux qui en font partie, et se trouver le leur en même temps : « Si quis advenam tribus noctibus hos» pitio exceperit in propriâ suâ domo..... et eum ibi suo cibo » aluerit, et is tum alienis malefecerit, ipse alterum illum judi» cio sistat et recte perdat[2]. » Une fois entré dans ce système de garantie, l'étranger pourra être admis à l'assemblée des guerriers, et obtenir cette pleine liberté qui se traduit dans le droit de porter les armes[3] : le droit de porter l'épée sera plus tard le privilége du gentilhomme. On voit alors se présenter ce singulier phénomène d'un peuple pour qui la naissance n'est pas une cause de protection; qui confond sous le même nom d'étranger tous ceux qui ne sont pas affiliés, qu'ils soient étrangers proprement dits ou d'origine germaine. Aussi malheur à qui n'a pas de garants! Son isolement fait craindre que le payement du wehrgeld ne devienne impossible, et légitime tout acte qui tend à le mettre dans l'impossibilité de nuire. De là la fortune de l'avouerie qui se perpétuera si longtemps. *Hospites sanctos habent*, dit César[4] en parlant des Germains; cela n'était vrai probablement que des hôtes admis dans la famille : car l'habitude de réduire l'étranger en esclavage était tellement invétérée,

[1] Demangeat, *Hist. de la condition des étrangers*, p. 20 et suiv.
[2] *Leg. angl.-sax.*, § 15.
[3] Tacite, *Germanie*, § 13.
[4] *Bello Gall.*, IV, 21.

que les rois francs luttèrent vainement contre elle. Déjà la loi Gombette, qui est du VIe siècle, prononce des amendes pour le refus d'hospitalité [1], amendes que renouvelleront plusieurs Capitulaires [2]; et dans son *additamentum secundum*, cette même loi s'élève contre la prétention de réduire l'adventice en esclavage. Ce qui prouve, du reste, l'impuissance de ces dispositions, c'est que plusieurs Capitulaires proclament des exceptions isolées à cette condition des étrangers [3].

Lorsque, après l'invasion, la propriété foncière eut commencé l'œuvre de localisation, la tribu fut remplacée par la circonscription territoriale, par le *pagus;* la souveraineté féodale attira peu à peu à elle l'autorité que suppléait auparavant l'association : l'étranger qui a quitté son *pagus* est fait serf, à moins qu'il ne se fasse l'homme du seigneur comme aùtrefois, à moins qu'il ne soit admis *familiaris*. La position n'a pas changé ; la terre, cette puissance nouvelle, va tout subordonner à son influence; et comme il n'était pas entré dans les idées germaines de faire dépendre la nationalité des liens du sang, le résultat fut cet isolement exagéré de la féodalité : dans chacune de ces petites sociétés féodales, la nationalité se confond avec l'idée de souveraineté territoriale.

Voilà l'origine de ce système que nous trouvons encore dans toute sa force au temps de Bacquet, le point de départ d'un long travail qui ne s'achèvera qu'au Consulat.

8. Mais l'effet ne devait pas survivre à la cause; et ces mesures rigoureuses, qui ont pu être utiles d'abord, vont peu à peu se métamorphoser, pour disparaître ensuite tout à fait. Au lieu de rendre serf l'étranger, on va l'assujettir aux droits d'aubaine, de chevage, de formariage, autant de dérivations du servage, qui ne dureront si longtemps que parce qu'oubliant leur origine, l'autorité ne les regardera plus que comme une source de revenus. Dès la fin du XIe siècle, l'œuvre de localisation était achevée. A mesure que les habitudes sédentaires diminuent l'utilité de ces règles sévères contre le déplacement, que la féodalité prend le caractère d'une institution régulière, on voit se multiplier des traités dits *de parcours et entrecours*,

[1] Tit. 38, c. 125.
[2] Baluze, t. I, p. 362, 399, 511.
[3] Baluze, t. I, p. 500; t. II, p. 27.

traités passés entre les seigneuries féodales, et au moyen desquels les habitants francs et non nobles peuvent *aller, venir, parcourir, entrecourir*, sans crainte de servitude[1]. Ces traités tiennent lieu d'aveu; et celui qui quitte son canton devient aussitôt bourgeois du pays où il vient, sous le nom de *bourgeois de parcours*[2]. Dès 1145, Louis VII déclare dans une charte, citée par Lathaumassière[3], que les rois avaient permis aux étrangers de venir et de s'en aller sans être inquiétés. Celui qui *diœcœsim mutavit* évite la servitude qui l'attendait autrefois, pourvu qu'il ait *commandé de rendre au baron une bourse neufve et quatre deniers dedans.* Sans doute l'étranger reste encore et restera longtemps dans une position critique, car la spoliation résiste toujours aux idées nouvelles; mais on ne voit pas moins se briser l'isolement féodal, commencer les communications de pays à pays. La réciprocité remplace peu à peu la sujétion dans les rapports des hommes entre eux. La classe des étrangers *qui diœcesim mutaverunt* disparaît; désormais le nom d'étranger nous reporte à la frontière; et les rapports de peuple à peuple vont s'étendre comme se sont étendus successivement les rapports entre les parties du même pays.

Or en même temps que reprenaient ces communications, le sol perdait de son influence sur l'état des personnes. Dégagé de l'immobilisation féodale, l'homme devait conserver ses droits partout où il allait; ses titres, envisagés à un point de vue plus spiritualiste, constituaient pour lui un avoir personnel; et le bourgeois de parcours garda hors de sa circonscription sa nationalité : ainsi reparaît le principe que le sang transmet la nationalité, que l'enfant né en pays étranger n'en suit pas moins la condition de ses parents. L'influence des rapports de filiation que le Germain n'avait pas connue, que la féodalité avait longtemps ignorée, se trouve remise en lumière par le droit romain. A l'époque de Bacquet, au XVIe siècle, la subordination de la nationalité au territoire est encore radicale. Bourjon signale déjà une tendance à l'innovation; les enfants nés à l'étranger de parents français peuvent se soustraire à l'aubaine en revenant se

[1] V. sur ce point un article de M. Rossi, *Encyclopédie* Carteret, v° *Aubaine*, n° 4. — Bacquet, I, ch. 8 et 9.

[2] Cout. de Loudunois, art. 5. — Loysel, liv. I, règle 21, édit. Dupuis, t. I, p. 54.

[3] Coutumes locales de Berry, p. 62.

fixer en France [1]. Au temps de Pothier, l'innovation est plus complète et plus franche; et, comme nous l'avons dit plus haut, l'enfant né à l'étranger de parents français reste Français.

9. On le sent, il s'opérait toute une révolution dans la constitution des nationalités. Supérieure aux exigences d'intérêts de sol ou de climat qui séparent les agglomérations territoriales et en démontrent la nécessité, l'idée de nationalité aspire à se dégager de plus en plus et totalement du sol. Il a fallu les efforts de plusieurs siècles pour obtenir ce résultat; mais déjà, et c'est un pas immense, le Français emporte ses titres avec lui, et l'enfant né en pays étranger reste Français.

Tout n'était pas dit dans ce développement. Si chaque nation conserve à ses enfants leurs titres au dehors, et leur permet, en quelque lieu qu'ils se trouvent, de les imprimer à leurs descendants, le principe de réciprocité, qui devient peu à peu la règle des rapports internationaux, exige qu'elle respecte chez les autres la faculté qu'elle s'adjuge, et qu'elle ne s'incorpore pas plus ceux qui viennent sur son territoire qu'elle n'abandonne ceux qui en sortent. L'idée est en marche, elle se complétera; ce dernier progrès va s'accomplir sous le Consulat, et faire ainsi disparaître sous ce rapport les derniers vestiges des institutions féodales.

10. A l'époque où nous en sommes, comme nous le disions plus haut, la naissance sur le sol suffit toujours pour constituer la nationalité, mais elle n'est plus indispensable. A côté de la transmission par le sol s'est placée la transmission par le sang: est Français 1° l'enfant né en France même de parents étrangers, 2° l'enfant né à l'étranger de parents français. C'est le système qu'enregistrent toutes les Constitutions de la révolution [2].

11. Lorsqu'on songea à doter la France d'un Code civil, l'influence de l'habitude, qui pour les hommes pratiques voile si bien les lacunes et les défauts d'une législation, fit d'abord adopter purement et simplement les traditions reçues. La règle qui déclarait Français l'enfant né à l'étranger de parents français passa sans difficulté aucune, et devint le premier paragraphe de l'article 10 C. Nap. Il fut loin d'en être de même du principe par suite duquel la qualité de Français fut refusée à

[1] *Droit commun de la France*, liv. I, tit. 7, sect. 2, n° 27.

[2] Constit. 3 septembre 1791, tit. 1, art. 2 et 3. — 24 juin 1793, art. 4. — 5 fructidor an III, art. 8 et 10. — 21 frimaire an VIII, art. 2 et 3.

l'enfant né en France de parents étrangers; l'honneur de cette innovation revient tout entière au Tribunat. Lors de la première discussion, au conseil d'État, du titre de la jouissance et de la privation des droits civils, à la séance du 6 thermidor an IX, l'on put constater un instant d'indécision. Tronchet fit quelques objections au maintien de l'ancien système; il se refusait à admettre qu'un étranger devînt Français sans en avoir au moins manifesté le désir. Mais ses observations cédèrent sans peine devant celles du premier consul. « Il ne peut y avoir que de » l'avantage, disait le premier consul, à étendre l'empire des » lois françaises..... Les fils d'étrangers qui se sont établis en » France ont l'esprit français, les habitudes françaises; ils ont » l'attachement que chacun porte naturellement au pays qui l'a » vu naître [1]..... » — Ces considérations l'emportèrent; et à la séance du 14 thermidor an IX, le conseil d'État s'arrêta à la rédaction suivante de l'article 2 du projet : *Tout individu né en France est Français* [2]. Dans le premier exposé des motifs présenté par Boulay de la Meurthe, à la séance du 11 frimaire an X, cet article est regardé comme n'ayant, pour ainsi dire, pas besoin d'être soutenu, le temps plaidant pour lui. « Quelquefois » l'on reçoit la naissance d'un père français, mais sur un sol » étranger; d'autres fois c'est sur le sol de la France, mais d'un » père qui n'est pas Français. Chacune de ces circonstances ne » doit-elle pas produire seule le même effet que lorsqu'elles sont » réunies? Nous avons pensé qu'on devait le décider ainsi [3]. »

Il y avait cependant, en laissant de côté les antécédents historiques, un côté faible à cette argumentation. Ce qui, aux yeux du premier consul, justifiait cette attribution de nationalité, c'est que les enfants d'étrangers établis en France ont l'esprit français, les habitudes françaises; mais ceci n'est vrai qu'à la suite d'un établissement prolongé en France. Ces raisons eussent pu motiver l'acquisition de la nationalité par une sorte de prescription; mais n'étaient-elles pas imaginaires, alléguées à l'occasion du seul fait de la naissance en France? Ce sont ces idées qui frappèrent le tribun Siméon, et qu'allégua celui-ci comme motifs d'opposition à l'article 2 du projet du conseil d'État. « La rédaction de cet article, disait-il à la séance du

[1] Locré, t. II, p. 35.
[2] Locré, t. II, p. 58.
[3] Locré, t. II, p. 218.

» 25 frimaire an X, ne présente-t-elle pas quelque chose de bi-
» zarre? Le fils d'un Anglais peut devenir Français; mais le
» sera-t-il par cela seul que sa mère, traversant la France,
» l'aura mis au jour sur cette terre étrangère à elle, à son mari,
» à ses parents? Si chaque nation fait une telle déclaration, nous
» perdrons autant de Français que nous en gagnerons; on n'ap-
» partiendra plus à sa famille, à sa nation; la patrie dépendra
» moins de l'affection qui y attache, du choix et de l'établisse-
» ment, que du hasard de la naissance..... Ouvrons nos ports
» aux étrangers, mais ne nous en saisissons pas malgré eux[1]. »

12. Le véritable terrain de la question est ici nettement indiqué. A une époque où les communications internationales sont fréquentes et nécessaires, régler la nationalité par le sol, non par des rapports de filiation, c'est faire entre nations un échange continuel de nationaux; et sous prétexte de constituer l'homogénéité de la famille française, la détruire en agglomérant des éléments disparates et passagers sous un titre qui n'a de réalité qu'autant qu'il est soutenu par un esprit commun. Aussi ces observations trouvèrent-elles immédiatement écho; et le Conseil d'État, dans la séance du 6 brumaire an XI, adhérant aux réclamations du Tribunat, supprima l'article 2 du projet, et le remplaça par le texte qui forme aujourd'hui l'article 9 C. Nap.[2]. La naissance sur le sol ne rend pas Français, mais confère un privilége qui facilite l'obtention de la naturalisation. « Quant au fils de l'étranger qui reçoit accidentellement le jour
» en France, disait Treilhard à la séance du 6 ventôse an XI,
» on ne peut pas dire qu'il ne naît pas étranger..... Mais pour-
» quoi lui refuserait-on le droit de réclamer, à sa majorité, la
» qualité de Français, que tant et de si doux souvenirs pourront
» lui rendre si chère? C'est un enfant adoptif qu'il ne faut pas
» repousser quand il promettra de se fixer en France, et qu'il y
» établira de fait son domicile; c'est la disposition de l'article 9
» du projet[3]. » Le Tribunat accepta ce nouveau système; et son adhésion fut portée par Gary au Corps législatif[4].

Il résulte donc clairement de l'ensemble des travaux préparatoires, quoique aucun texte ne constate positivement ce ré-

[1] Locré, t. II, p. 248.
[2] Locré, t. II, p. 284.
[3] Locré, t. II, p. 318.
[4] Locré, t. II, p. 338.

sultat, que la naissance sur le sol ne confère plus la qualité de Français, que cette qualité ne résulte plus que des rapports de filiation, sauf le cas d'acquisition ultérieure par naturalisation.

13. Il est facile de voir maintenant quel revirement s'est opéré depuis l'époque féodale, qui avait vu disparaître les idées germaines. D'abord c'est le sol, et le sol seul, qui donne la nationalité; plus tard l'immobilisation cessant d'être absolue, l'influence de la terre cesse d'être exclusive, et à côté de la nationalité par le sol reparaît la nationalité par le sang; enfin la réaction est complète, et désormais les rapports de filiation transmettent seuls la qualité de Français : nous en sommes revenus aux principes de l'antiquité.

Certes une tendance si persistante, qui se manifeste dès le XIIe siècle et se développe encore au XIXe, accuse au moins une marche parallèle de l'esprit public; une tradition ne se perpétue pas avec une telle sûreté et un tel succès, si elle n'est que la traduction de l'arbitraire. Placée à cette hauteur, l'idée de nationalité cesse de porter l'empreinte de démarcations jalouses; elle n'est plus qu'un signe de ralliement entre ceux que rassemblent des affections et des intérêts communs; mais elle laisse libre pour tous la jouissance du globe entier. Le monde romain avait entrevu cette vaste communauté; seulement il avait méconnu l'esprit qui seul peut la faire vivre; son ambition lui avait suggéré l'idée d'une sujétion universelle, remplacée de nos jours par le principe de libre réciprocité.

14. Depuis l'apparition du Code Napoléon jusqu'à nos jours, nulle modification n'avait été apportée à cet état de choses. Mais chacun sait combien d'idées vieilles et nouvelles furent soulevées pendant cette active et turbulente époque qui suivit la révolution de 1848. C'est à ces moments surtout, où comparaissent pour s'expliquer systèmes accusés et systèmes accusateurs, que la connaissance sérieuse de l'histoire est nécessaire; elle seule peut préserver de la confusion, et donner à l'esprit de progrès l'espoir de sortir de la mêlée sans blessure, pour renouer la chaîne des traditions. Laissons de côté les difficultés d'application qu'ont soulevées la doctrine et la pratique en cette matière[1], et voyons ce qu'est devenu, avec les lois nouvelles, l'esprit des dispositions du Code Napoléon.

[1] V. Aubry et Rau, op. cit., t. I, p. 204 et suiv.

15. Une réaction nouvelle s'est opérée, en sens inverse des tendances spiritualistes dont nous constations tout à l'heure le triomphe en 1804; et après avoir vu relever les idées romaines pour les faire triompher des idées féodales, nous allons les voir fléchir de nouveau devant celles-ci.

Un danger s'était présenté, disent au moins quelques personnes, par suite de l'application des principes nouveaux. Les étrangers restant tels jusqu'à la naturalisation, ne va-t-on pas voir, surtout dans les départements frontières, se multiplier des familles d'étrangers? L'existence en France de ces réunions d'étrangers, surtout en supposant le séjour prolongé pendant plusieurs générations, n'est-elle pas de nature à altérer l'homogénéité de la famille française? La facilité de se procurer une fausse possession d'état de Français ne va-t-elle pas donner naissance à une position mixte d'individus confondus avec les Français, possédant seuls le secret de leur extranéité, restant Français tant qu'ils n'auront qu'à recueillir le bénéfice de nos lois, et excipant de leur extranéité dès qu'apparaîtra une des charges qui pèsent sur le Français? Le système du Code ne va-t-il pas amener des difficultés de preuve insolubles? La théorie ancienne avait cela d'avantageux qu'elle rattachait la qualité de Français à un fait matériel et successif facile à constater; et si le système nouveau fait résulter la nationalité de rapports constituant en réalité plus intimement le lien national, ne va-t-il pas mettre le trouble dans la fixation des nationalités? Pour prouver sa nationalité, on devra prouver celle de ses parents; pour prouver celle de ses parents, il faudra établir celle de l'aïeul : ne va-t-on pas rouler dans un cercle vicieux?

C'est sous l'empire de ces préoccupations que furent élaborées les lois du 22 mars 1849 et surtout du 7 février 1851, dont l'effet a été de rétablir, à peu de choses près, le système qui existait au temps de Pothier. Ces idées de retour vers le passé furent, du reste, catégoriquement professées pendant la discussion des deux lois. M. Huot, dans son rapport sur la loi du 22 mars, donne explicitement l'avantage à l'ancien système[1]; et M. Benoît Champy, rapporteur de la loi du 7 février, présente le système de Pothier comme *conforme au droit presque général de l'Europe*[2], *et dérivant de cette règle de droit public que*

[1] *Moniteur* du 18 mars 1849.

[2] Cette assertion est complétement inexacte. Sauf l'Angleterre, qui saisit

la souveraineté sur la terre emporte la souveraineté sur la personne[1].

16. Nous croyons qu'il eût été possible de remédier aux inconvénients signalés, autrement qu'en empruntant au passé ses errements; que cette réaction est en opposition manifeste avec les tendances auxquelles avait dû céder le Conseil d'État en 1804, et qui depuis, loin de disparaître, n'ont fait que se développer. Laissons de côté, pour un moment, les griefs allégués, et voyons en elles-mêmes les dispositions de la loi du 2 février 1851.

17. Voici, en combinant les dispositions de cette loi avec les autres textes sur la matière, comment se règle l'influence, quant à la nationalité, de la naissance sur le sol français. Partant de cette idée que rien n'est plus dangereux que le doute sur la nationalité, les rédacteurs de cette loi se sont proposé, non pas de trancher la difficulté par des règles impérieuses, mais de circonscrire le doute dans un espace de temps assez restreint pour qu'au besoin il soit impossible de ne pas retrouver des titres qui fassent cesser toute équivoque. Par une ingénieuse combinaison, nos lois viennent au secours de ceux qui sont ou restent dans l'incertitude sur leur nationalité, incertitude d'autant plus excusable qu'il suffit qu'un membre d'une lignée ait été dans l'erreur pour y plonger tous ses descendants, et que cette erreur peut facilement se comprendre par suite de l'usage, invétéré chez nous, de regarder comme Français tout homme né en France. Il fallait donc suppléer à l'inaction et au silence des individus. On y est arrivé en organisant une succession de positions entraînant l'assimilation dans une progression croissante, et se terminant par une assimilation définitive et complète, s'opérant de plein droit à l'insu des intéressés.

Dans l'état actuel, le doute ne peut pas durer plus que le temps nécessaire à la succession de deux générations : au bout de deux générations en France, la loi regarde les nouveaux venus comme Français. Or ce laps de temps est trop restreint pour qu'il puisse s'élever des difficultés de preuve sérieuses. S'agit-il

comme Anglais tous ceux qui naissent sur son territoire, le droit des gens de l'Europe admet la fixation des nationalités par les rapports de filiation. On peut voir les citations réunies sur ce sujet par M. Fœlix, *op. cit.*, t. I, p. 53 et suiv.

[1] *Moniteur* du 6 janvier 1851.

d'un étranger qui vient s'établir en France, sans qu'aucun antécédent l'y rattache, une seule voie lui est ouverte pour acquérir la qualité de Français : la naturalisation proprement dite avec son stage préalable, ses épreuves sévères et son caractère de faveur que le pouvoir reste libre d'accorder ou de refuser. S'agit-il des enfants nés en France de cet étranger, qui s'y est établi sans avoir demandé et obtenu la naturalisation, la fixité et la constance des relations facilitent l'assimilation ; pour eux, plus de stage préalable, plus d'épreuves sévères, plus d'intervention du pouvoir gracieux : ils n'ont qu'à déclarer leur volonté, et ils seront de droit Français, sans que nul puisse mettre entrave à l'exercice de ce droit. C'est l'hypothèse de l'article 9 C. Nap. S'ils négligent à leur tour de profiter du privilége qui leur est accordé ; si, soit avec intention, soit par négligence, soit par ignorance, ils omettent la déclaration prescrite par l'article 9, la loi supplée à leur inaction ; et leurs enfants, nés comme eux en France, seront Français de plein droit, et sans qu'il soit besoin d'une manifestation de volonté de leur part. Tel est le résultat de l'article 1er de la loi du 7 février 1851 : *Est Français tout individu né en France d'un étranger qui lui-même y est né.....* C'est la reproduction du projet arrêté par le Conseil d'État à la séance du 14 thermidor an IX, et qui fut plus tard rejeté ; c'est le rétablissement de la règle existant au temps de Pothier, sauf que la nationalité, qui résultait d'une seule naissance sur le sol français, ne résulte plus que de deux naissances consécutives.

N'avions-nous pas raison de constater, au début de cet article, cette série d'actions et de réactions de deux idées se supplantant successivement, roulant ainsi dans un cercle perpétuel ?

18. Cependant, cette disjonction successive des idées de nationalité et de souveraineté territoriale est, nous l'avons vu, presque une tradition nationale. Les institutions féodales, en ce qui concerne notre sujet, ont, dès le XIIe siècle, commencé de céder le terrain à des exigences nouvelles ; et nous pensons que c'est faute d'avoir saisi le caractère véritable de ces exigences qu'on a cru, de nos jours, pouvoir réagir contre elles. Cette loi de 1851 n'est à nos yeux qu'un expédient temporaire, une tentative posthume, au nom d'un système qui a fait son temps, contre les idées nouvelles sur la constitution des nationalités.

19. Sous les apparences modestes d'une modification de quel-

ques mots à un article du Code, cette loi touche en effet à une grave question de droit des gens. La commission à laquelle en fut renvoyé l'examen le comprit, et appela à ses délibérations le garde des sceaux et le ministre des affaires étrangères. Le ministre des affaires étrangères présenta des considérations puissantes contre le projet primitif, et n'adhéra à la proposition qu'après y avoir fait introduire une modification caractéristique, et sans laquelle la loi eût été bien plus radicale encore qu'elle ne l'est en définitive.

Le projet primitif de l'article 1er de la loi contenait purement et simplement le texte que nous avons rappelé plus haut : *Est Français tout individu né en France d'un étranger qui lui-même y est né.* Adopter sans modification cette proposition, n'était-ce pas encourir le reproche qu'on adressait à notre ancienne législation de faire des Français malgré eux? N'était-ce pas surtout compromettre l'état de nos compatriotes résidant en pays étranger, et provoquer de la part des gouvernements de ce pays des mesures analogues à celles qui frapperaient leurs nationaux en France? Ne convenait-il pas, dès lors, de ne procéder qu'avec une sage réserve, et de manière que les effets *d'une fâcheuse réciprocité* ne vinssent pas atteindre ceux de nos compatriotes qui, pour être établis depuis longues années en pays étranger, n'ont jamais perdu l'esprit de retour, ni voulu briser les liens qui les rattachent à leur patrie? « Ces considérations, » ajoute le rapporteur, invoquées avec force par M. le ministre » des affaires étrangères, étaient trop puissantes pour que votre » Commission ne cherchât pas avec un soin scrupuleux toutes » les garanties de protection qu'il était possible de donner à nos » nationaux. Il lui a paru que la plus sérieuse de toutes consis- » tait à laisser à l'étranger que la nationalité française va saisir, » le droit, par une déclaration émanée de sa libre volonté, de » décliner cette nationalité, et de revendiquer celle qu'il tient » de ses ancêtres. Elle a donc adopté une disposition suivant » laquelle l'étranger pourra toujours conserver sa nationalité par » une déclaration faite, soit devant l'autorité municipale du lieu » de sa résidence, soit devant les agents diplomatiques ou con- » sulaires accrédités en France par le gouvernement du pays » des auteurs[1]. » Et ainsi fut rédigé l'article 1er de la loi : « Est

[1] *Moniteur* du 6 janvier 1851.

» Français tout individu né en France d'un étranger qui lui-
» même y est né, à moins que dans l'année qui suit sa majorité,
» telle qu'elle est réglée par les lois françaises, il ne réclame
» la qualité d'étranger par une déclaration faite soit devant l'au-
» torité municipale du lieu de sa résidence, soit devant les
» agents diplomatiques ou consulaires accrédités en France par
» le gouvernement étranger. »

20. Ces observations ne condamnent-elles pas la loi qui en fut l'objet? Est-il conforme à l'état actuel des rapports internationaux de promulguer chez soi des règles que l'on redouterait de voir promulguer à l'étranger à titre de représailles, *de fâcheuse réciprocité*, pour employer les termes mêmes du rapport? A ce vice avoué on a essayé de remédier en autorisant une réclamation de la part des étrangers; mais cette garantie est inefficace. La loi n'accorde que le laps d'un an pour faire cette déclaration. Or quels sont les étrangers qui la feront, qui sauront même qu'ils ont à la faire? Quelques soins que l'on prenne, on n'obtiendra pas que celui qui vient s'établir momentanément en France, qui vient, par exemple, fonder une exploitation en Algérie, songe à se mettre en garde contre la loi française qui va lui enlever sa nationalité[1]. La preuve, du reste, nous en est fournie par les motifs des lois dont nous parlons. Pourquoi la loi du 22 mars 1849 a-t-elle, dans certains cas, permis de faire à tout âge la déclaration que l'article 9 C. Nap. ne permettait d'abord de faire que dans l'année de la majorité? C'est, répond M. Huot, pour venir au secours, lorsque les circonstances motiveront cette faveur, de ceux *qui, nés en France d'étrangers, ont omis ou omettront dans l'avenir de réclamer la qualité de Français dans l'année qui suit leur majorité*[2]. Pourquoi la loi du 7 février 1851 a-t-elle créé cette assimilation de plein droit qui s'opère à la suite de deux naissances consécutives en

[1] Il ne nous paraît pas douteux que l'Algérie soit aujourd'hui une terre française, et c'est avec raison qu'il a été jugé (Paris, 2 février 1839) que les Algériens plaidant en France ne doivent pas être considérés comme étrangers, et, comme tels, assujettis à la caution *judicatum solvi* (V. sur ce point Serrigny, *Droit public*, t. I, p. 167). Il a d'ailleurs été déclaré, lors de la rédaction de l'article 9 C. Nap., que pour l'application de cet article la naissance dans les colonies équivaudrait à la naissance en France (Locré, t. II, p. 249). Or la loi du 7 février n'est qu'une extension de l'article 9, et doit dès lors admettre cette proposition.

[2] *Moniteur* du 18 mars 1849.

France? C'est, répondit M. Benoît-Champy, à cause de l'inobservation générale de l'article 9, du défaut de la déclaration prescrite par cet article. *La plupart des fils d'étrangers nés en France..... s'abstenaient de faire la déclaration prescrite par l'article* 9[1]. Eh bien! si cette faculté de déclaration n'a pas servi, si, en fait, l'inobservation des prescriptions de l'article 9 est évidente, et nécessite des dispositions législatives nouvelles, comment cette même possibilité de réclamation suffirait-elle, dans la loi du 7 février 1851, pour enlever aux mesures que l'on prend ce caractère inique dont on a craint de se voir appliquer les effets par une fâcheuse réciprocité? Introduite après coup, à la suite des observations du ministre des affaires étrangères, la dernière partie de l'article de la loi suffit, si l'on veut, au point de vue théorique; mais, en fait, les espérances qu'on peut en attendre ne sont-elles pas chimériques?

Le résultat pratique et positif, c'est qu'à la suite de deux naissances en France la famille étrangère devient Française; or n'est-ce pas oublier cette considération qui avait paru dominante en 1804 : *C'est une offre que nous devons leur faire...., nous ne leur imposons pas une servitude*[2]? Sans doute le mot de servitude est trop fort; mais chaque peuple a la faiblesse bien naturelle de se placer au-dessus des autres; et si telle est la pensée de tous, il est clair qu'elle n'est qu'un préjugé consolant, et qu'il n'appartient à aucune nation de nommer bienfait ou avantage l'attribution forcée de sa nationalité à des étrangers qui ne manifestent pas le désir de l'acquérir. Or c'est là ce qu'amène la loi du 7 février 1851. De quelque manière qu'on l'envisage, on ne pourra se défendre d'y voir ceci : les articles 10 et 17 C. Nap. ne font perdre la qualité de Français, par suite d'un établissement à l'étranger, que s'il est fait sans esprit de retour, et ne permettent même pas de voir cette condition dans un établissement de commerce; la loi de 1851 fait perdre sa nationalité à l'étranger par le seul fait de sa naissance en France. Pourquoi incorporer ceux qui viennent, quand on n'abandonne pas ceux qui sortent?

21. Il y a à ceci une réponse, mais elle ne me semble pas justifier le système de la loi. Nous l'avons dit, cette loi con-

[1] *Moniteur* du 6 janvier 1851.
[2] Locré, t. II, p. 248.

state à peu de chose près l'adoption des principes qu'avait admis le Conseil d'État. Or à la séance du 6 thermidor an IX, le premier consul, répondant aux indécises et vagues objections de Tronchet, disait : « On ne doit envisager la question que » sous le rapport de l'intérêt de la France. Si les individus nés » en France d'un père étranger n'étaient pas considérés comme » étant de plein droit Français, alors on ne pourrait soumettre » à la conscription et aux autres charges publiques les fils de » ces étrangers qui se sont établis en France, où ils sont venus » comme prisonniers ou par suite des événements de la guerre[1]. » La loi de 1851 est si bien la reproduction du premier projet du Conseil d'État, qu'elle s'appuie sur les mêmes motifs; ce sont encore les intérêts du recrutement, la plus noble, mais la plus lourde des dettes du citoyen, qui ont dicté la loi nouvelle.

22. A plusieurs reprises on s'était déjà occupé de régulariser, à l'égard du recrutement, la position des étrangers établis depuis longtemps en France. Il y avait à la fois une injustice à éviter et une fraude à réprimer.

Il peut arriver souvent qu'un jeune homme né en France de parents peu soucieux de leur nationalité, dont l'ignorance peut résulter, du reste, du long séjour de leurs propres parents sur le sol français, soit porté sur les rôles du recrutement. Ce fait ne lui concédant pas la qualité de national, il se trouve avoir supporté une des plus lourdes charges imposées aux Français, sans avoir en réalité les garanties attachées à ce dernier titre; car lorsque son état véritable viendra à être connu, il se verra subitement exposé aux rigueurs autorisées contre l'étranger. Ce résultat se réalisait pour lui d'une manière d'autant plus funeste, que son ignorance à l'époque du tirage au sort lui aura presque toujours fait perdre l'année pendant laquelle il eût pu invoquer le bénéfice de l'article 9 C. Nap. Il y avait là une lacune que comble la loi du 22 mars; elle a supprimé le délai fatal de l'année après la majorité pour celui qui a tenté loyalement les chances du recrutement, et dont les actes démentent l'induction que l'on prétendrait tirer de son silence : il pourra, à quelque époque que ce soit, régulariser sa position, dès qu'il découvrira ce qu'elle a d'aléatoire.

Mais à côté de cette situation digne d'intérêt, il peut s'en pré-

[1] Locré, t. II, p. 36.

senter une autre moins favorable. En possession de la qualité de Français, un jeune homme se laisse porter sur la liste cantonale, et se présente au tirage. Si le sort ne lui est pas favorable, il se retranchera dans une position qui est pour lui un abri sûr, puisqu'on n'admet que les Français sous les drapeaux; si le sort lui est favorable, il aura consolidé sans risques sa possession d'état, et participera désormais sans inquiétude à tous les bénéfices attachés à la qualité de Français. Cette tactique est tellement naturelle, que M. Corne déclarait en 1844, à la chambre des députés, que le nombre des demandes en radiation pour extranéité, et cela après tirage, ce qui indique assez nettement le calcul, avait été de 1,307 pour la classe de 1840 [1]. Mais y a-t-il là, en réalité, un danger bien grand? Cette fraude porte en elle-même sa sanction. Celui qui l'aura pratiquée perdra sa possession d'état, puisqu'il lui faudra exciper publiquement de son extranéité, et sera soumis dès lors à la position ordinaire des étrangers : c'est son droit. Quant à celui que le sort aura favorisé, que peut-on lui reprocher? Il a subi les chances; d'ailleurs la loi nouvelle ne change en rien sa position, ne faisant que conserver légalement son état de fait. En s'élevant contre ces faits, M. Benoît Champy disait dans son rapport : « Sous le dernier gouvernement, le législateur avait » cherché un remède aux inconvénients résultant des disposi- » tions de l'article 9 C. Nap. En 1831, le rapporteur du projet » de loi relatif au recrutement de l'armée, M. Passy, avait insisté » avec force sur la nécessité de ne plus laisser aux étrangers le » droit exorbitant de vivre et de mourir sous la protection des » lois d'un État sans participer à ses charges [2]. »

Nous ne voyons pas que ces observations soient bien concluantes pour l'adoption de la loi de 1851. D'abord les situations qui les motivent ne se réalisent pas après deux ou trois générations en France, mais seulement après un séjour assez long pour avoir fait oublier le vice d'extranéité : or ce n'est pas là le terrain sur lequel se place la loi à justifier. De plus, je conçois à la rigueur qu'on se demande s'il ne conviendrait pas d'imposer le service militaire aux étrangers qui habitent le territoire, ou de leur en interdire l'entrée; mais tant que l'on n'admettra pas

[1] *Moniteur* du 21 mars 1844.
[2] *Moniteur* du 6 janvier 1851.

l'une ou l'autre de ces idées, impraticables du reste, est-ce qu'on évitera *ce droit exorbitant de vivre et de mourir sous la protection des lois d'un État, sans participer à ses charges?* A coup sûr on ne songe même pas à adresser ce grief aux étrangers qui veulent conserver leur nationalité; or la loi de 1851 n'a d'intérêt que pour ceux qui veulent se retrancher dans leur extranéité, ce qui est un droit pour eux; car pour ceux qui de bonne foi passent pour Français, cette loi ne change rien à leur position. Au point de vue des droits de l'État, cette loi, de deux choses l'une, impose la qualité de Français à qui prétend ne pas en vouloir, ou est sans résultat. Quant à la fraude signalée, et au moyen de laquelle les étrangers peuvent venir participer aux affouages, aux pâtis communaux sans en avoir le droit, outre que la loi de 1851 ne change rien à cet état de choses, ne faisant que consolider ce qui existe en fait, c'est là un abus que rendrait difficile l'application sévère, et qui serait si utile! des règles concernant l'établissement de domicile. Et d'ailleurs, avec nos habitudes modernes, avec ces communications de pays à pays si fréquentes et si fécondes, est-il conforme à la pensée publique d'appeler un droit exorbitant la faculté, pour les nationaux d'un pays, de porter ailleurs leur activité et leur industrie, toujours protégés par les lois du pays dans lequel ils habitent? N'est-il pas hors de conteste, en économie sociale, qu'il est de l'intérêt des États d'appeler les étrangers? Rarement les hommes émigrent sans le faire dans le dessein d'améliorer leur position, but qui ne peut être atteint qu'au moyen de connaissances, d'activité dont profitent les pays où ils s'établissent. Or si leur présence est utile, faut-il l'oublier, et leur jalouser une protection qui, pour les couvrir, n'en reste pas moins complète pour tous? Cette loi ne peut se soutenir que si l'on n'examine ses dispositions qu'*au point de vue de l'intérêt de la France*. Peut-on soutenir sur ce terrain, à notre époque, une règle qui a trait à la régularisation des rapports internationaux? Est-ce pour faire entrer chaque année sous les drapeaux 1,307 individus qui protestent contre la qualité de Français qu'on leur propose, qu'on doit faire brèche au principe actuel de la libre réciprocité?

23. Car, et c'est en cela que la loi de 1851 nous semble avoir rompu, d'une manière inopportune, avec les traditions dont nous avons suivi le développement : l'esprit de cette loi est en

opposition avec les idées modernes sur la constitution des nationalités. M. Benoît-Champy regarde, dans son rapport, cette incorporation des étrangers nés en France comme une conséquence de la souveraineté sur la terre qui, dit-il, doit emporter souveraineté sur les personnes[1]. Mais rappelons-nous ce que disait M. Siméon dans son rapport au Tribunat : *Si chaque nation fait une telle déclaration, nous perdrons autant de Français que nous en gagnerons*[2]. C'était là sans doute cette fâcheuse réciprocité que le ministre des affaires étrangères signalait aux craintes de la Commission. C'est qu'en effet les rapports internationaux ont pris, depuis longtemps déjà, un aspect nouveau. Cette confusion de la nationalité avec la souveraineté se comprenait au moyen âge, à une époque où la terre enchaînait tout à sa condition d'immobilité; mais à une époque qui met en relations continuelles les habitants des cinq parties du monde, il n'y aura plus de nationalité, à moins qu'on n'en rattache l'élément déterminant à quelque chose de plus personnel que la terre foulée en commun par tous. Il faut qu'elle constitue un titre qui surnage et serve de lien : c'est la voix du sang qui, à l'heure du danger, rassemblera tous les enfants de la patrie; qu'importe la résidence! Sans doute la très-grande majorité des habitants restera toujours sédentaire sur le sol national; mais qui oserait affirmer qu'un pays ne fera pas plus pour son homogénéité en gardant dans son sein ceux de ses enfants qui courent le monde après la fortune ou les plaisirs, qu'en les abandonnant pour les remplacer par ceux qui viennent à leur tour vivre momentanément chez nous? Tel n'était pas l'avis des auteurs de la loi du 7 février; car ils l'ont présentée comme destinée *à restituer à la grande famille française une homogénéité qui doit s'altérer de plus en plus avec l'état de choses actuel*[3]. Supposons que tous les pays de l'Europe reviennent à ce principe de la détermination de la nationalité par le lieu de la naissance; qu'ils adoptent, par exemple, les lois de l'Angleterre qui, tout en rendant Anglais tous ceux qui naissent sur la terre du pays, ne permettent en aucun cas qu'un Anglais perde sa nationalité : dans un temps donné, si les rapports internationaux continuent le développement qu'on les a vus prendre, chacun appartiendra

[1] *Moniteur* du 6 janvier 1851.
[2] Locré, t. II, p. 248.
[3] *Moniteur* du 6 janvier 1851.

à la fois à toutes les nations de l'Europe! Il nous semble que les traditions, le mouvement des idées, conduisent impérieusement à placer la nationalité dans une sphère supérieure aux intérêts qui motivent les agglomérations territoriales; l'homogénéité ne peut plus résulter aujourd'hui que de l'esprit national. Même pour ceux qui ne se laissent pas séduire par les rêves d'unité humanitaire, il est évident que le sol n'a plus qu'une influence secondaire; chaque pays étend son action et sa surveillance sur toutes les parties du monde par ses agents diplomatiques ou consulaires : c'est que le lien national résiste à l'éloignement, et rattache dans le monde entier ceux qui y sont dispersés.

24. Ceci nous ramène enfin à l'examen des griefs allégués contre le système du Code Napoléon. Ces griefs sont réels; mais, comme nous le disions au début, faute d'avoir posé la question telle que l'avaient présentée les faits et la doctrine des auteurs, la loi de 1851 a dépassé le but à atteindre. Nous sommes de ceux qui croient fermement que les travaux des jurisconsultes ont une autre mission que la simple explication exégétique des textes; qu'il leur appartient de mûrir les difficultés que présente la législation, en préparant ainsi l'œuvre des législateurs. Or jamais, ni en jurisprudence ni en doctrine, la difficulté ne s'était présentée sur le terrain où l'a placée en définitive la loi de 1851.

25. On peut trouver ici une nouvelle preuve du danger des modifications apportées pendant les débats à un projet de loi; si tous ceux qui prennent part à la discussion n'envisagent pas la loi à un même point de vue, ne sont pas sous l'empire de la même préoccupation, le projet peut sortir des débats avec un aspect tout autre que celui qu'il avait au début.

M. Benoît-Champy indique d'une manière fort nette, dans son rapport, quelle avait été l'intention des auteurs de la loi, lui et M. Raulin. Il s'agissait pour eux de déterminer l'état *des étrangers qui, à la suite d'un long séjour sur la terre française, avaient oublié la langue, et quelquefois même jusqu'au nom du pays d'où leurs ancêtres étaient originaires : ne sont-ils pas Français de fait et d'intention par les affections, les mœurs et les habitudes*[1]? Il y avait, en effet, longtemps qu'on discutait

[1] *Moniteur* du 6 janvier 1851.

en jurisprudence et en doctrine quels devaient être, eu égard à la nationalité, les effets de la possession d'état, de l'établissement en France sans esprit de retour. On peut lire sur cette question la savante et lumineuse dissertation de M. Demolombe [1]. C'est dans cette position, en effet, que peuvent se présenter les griefs allégués plus haut. La jurisprudence oscillait; tantôt elle avait admis que l'enfant né en France, de parents établis depuis un temps suffisant pour avoir fait perdre la trace de l'extranéité, est Français [2]; tantôt elle avait rejeté cette doctrine, en proclamant que le vice d'extranéité, quelque lointain qu'il soit, ne peut se purger que par l'accomplissement des conditions que la loi détermine à cet effet [3]. Les auteurs n'étaient pas moins partagés : les uns, MM. Proudhon et Valette (*Traité des personnes*, p. 197-200, note *a*), admettaient la doctrine consacrée par l'arrêt de 1834; d'autres, M. Delvincourt (t. I, p. 21, note 3), exigeaient, pour que l'établissement à perpétuelle demeure entraînât assimilation, légalement parlant, que le séjour en France eût été précédé de l'autorisation de domicile, aux termes de l'article 13 C. Nap.; d'autres enfin n'admettaient de naturalisation que celle qui résulte de l'accomplissement des formes établies, et refusaient au séjour en France, quelque prolongé qu'il eût été, l'effet d'entraîner l'assimilation : tels sont MM. Aubry et Rau (t. I, p. 210, note 3), Demolombe (t. I, p. 159 et 175), Duranton (t. I, n° 121).

26. C'est entre ces deux doctrines qu'il s'agissait de choisir législativement : le choix ne pouvait être douteux. Tout en rejetant, au nom des textes existants, la solution admise par l'arrêt de 1834, M. Demolombe avait, longtemps avant que l'on ne songeât à la loi du 7 février 1851, montré les inconvénients pratiques de son système. Mais est-ce bien là ce qu'a prévu cette loi? Croit-on que le petit-fils de l'étranger qui est venu s'établir en France pour la première fois ait oublié jusqu'au nom du pays dont ses ancêtres étaient originaires? Croit-on que deux naissances consécutives sur le sol français suffisent pour entraîner cette assimilation de fait qui constitue la possession d'état? Car, qu'on le remarque, la loi n'exige aucune condition de résidence de la part des parents. Conformant le projet qu'ils

[1] T. I, n° 172.
[2] Cassat. 30 mai 1834 : maire de Corte contre Flich. D., 1834, 1, 272.
[3] Cassat. 26 janvier 1835 : maire de Corte contre Pélissa. D., 1835, 1, 121.

présentaient à la pensée qui le leur avait suggéré, MM. Raulin et Benoît-Champy exigeaient que l'étranger né en France y résidât, ou au moins fût décédé y résidant, pour imprimer à son fils la qualité de Français; mais cette condition ne fut pas admise. Sous prétexte d'éviter les difficultés souvent délicates à résoudre que soulèvent les questions de résidence, on a attaché la naturalisation, par l'effet de la loi, au fait seul des deux naissances sur le sol, quand même elles n'y auraient eu lieu que par suite de voyages, de circonstances accidentelles, d'un passage en France de quelques jours.

Chose singulière, on retrouve dans l'exposé des motifs de la loi de 1851, qui fait résulter la nationalité de deux naissances en France, toutes les raisons alléguées par M. Demolombe à l'appui des critiques dirigées contre notre Code, qui ne permettait pas de faire résulter la naturalisation de l'établissement en France à perpétuelle demeure. Or il y a entre ces deux situations disparité radicale et complète. L'établissement à perpétuelle demeure, sans esprit de retour, prouve l'intention d'adopter la France pour patrie; deux naissances consécutives ne font pas même soupçonner cette intention. Ce n'est pas, en effet, la résidence en elle-même qui peut motiver l'assimilation : c'est l'intention qui l'accompagne; c'est cette intention seule qui peut conduire, le temps lui prêtant sa force, à cet élément autrement grave et concluant, la possesion d'état. Voilà en réalité ce que voulaient réglementer MM. Raulin et Benoît-Champy; les termes du rapport ne peuvent laisser de doute à cet égard : mais la loi a-t-elle conclu dans les termes de ces prémisses?

27. Circonscrite dans ces limites, la loi de 1851 eût obvié aux inconvénients signalés; elle eût garanti à la fois les droits de l'État et ceux de l'étranger. Et comme ces questions ne se sont jamais présentées qu'à l'occasion d'intérêts individuels et isolés, mieux valait laisser apprécier en fait quel est en réalité l'état de l'individu dont il s'agit, que de décréter une loi qui coupe court, il est vrai, à toute difficulté, mais qui a l'immense inconvénient de ne laisser aucune place à l'intention, dans une matière où l'intention doit être souveraine, et de raviver un système qui avait ses titres dans un état de choses qui n'est plus.

Elle aurait eu un autre avantage, digne aussi de considération : elle aurait mis la législation française en harmonie, sur ce point, avec le droit des gens général de l'Europe. L'article 17

C. Nap. fait résulter la perte de la qualité de Français de tout établissement fixé à l'étranger sans esprit de retour. L'Autriche, la Prusse, la Bavière, le Wurtemberg, la Russie admettent le même principe; le droit de sujet se perd par l'émigration, c'est-à-dire lorsqu'une personne abandonne le territoire avec l'intention de n'y plus revenir[1]. N'est-il pas naturel que l'assimilation ne résulte que de faits qui, dans le pays d'où le nouveau venu est originaire, entraînent perte de nationalité? Cette considération nous eût paru suffisante pour motiver l'adoption du système admis par M. Valette et par l'arrêt de 1834. Le principe de réciprocité qui domine aujourd'hui les rapports internationaux était dans l'esprit du Code, l'article 11 en fait foi; et si l'article 17 prononçait déchéance de la qualité de Français par suite d'un établissement en pays étranger sans esprit de retour, n'était-il pas probable qu'il fallait admettre l'inverse, et faire résulter l'assimilation, chez nous, des faits qui au dehors entraînaient déchéance?

Mais tel n'est pas le système de la loi du 7 février 1851; et c'est ce qui motivait ces craintes d'*une fâcheuse réciprocité* manifestées par le ministre des affaires étrangères. Nous croyons que la loi eût satisfait à toutes les exigences si elle eût admis la possession d'état comme preuve de nationalité, et en même temps exigé d'une manière impérative l'accomplissement des règles relatives à la constatation du domicile.

28. Au surplus, cette loi du 7 février pourrait bien se rattacher à certaines vues politiques qui lui imprimeraient, jusqu'à un certain point, le caractère de loi de circonstance. Deux tendances parfaitement opposées s'étaient trouvées en présence après 1848. Les unes, relevant des idées qui avaient été en faveur en d'autres temps, n'aspiraient à rien moins qu'à supprimer les distinctions de nationalité, et en attendant la réalisation de cette utopie, se montraient prodigues d'un titre réputé sans valeur : *Le droit pour tout homme de faire partie des membres d'une nation est incontestable, et c'est un devoir pour la nation à qui ce droit est demandé de l'accueillir*[2]. Cette tendance dicta le décret du 28 mars 1848, qui facilita tellement la naturalisation que M. Bethmont, alors ministre de la justice, crut devoir

[1] Fœlix, Demangeat, *op. citat.*, t. I, p. 98 et suiv. — Antoine de Saint-Joseph, *Concordance*, sur l'article 17 C. Nap.

[2] *Moniteur* du 20 novembre 1849.

mettre un terme à son application : 2,459 naturalisations avaient été prononcées dans l'espace de trois mois [1]. Cet arrêté ministériel raviva des tendances plus dignes de l'honneur national, et aboutit à la loi du 3 décembre 1849 ; mais ce ne fut pas sans une vive opposition, au nom du système qu'avait adopté le décret du 28 mars. Les lois des 22 mars 1849 et 7 février 1851 me paraissent se rattacher aux idées condamnées par la loi du 3 décembre ; elles sont des tentatives moins radicales, mais procédant du même esprit. Aussi, lors de la discussion de la loi du 7 février, un contre-projet fut présenté. Une fois remis en question, le système devait se reproduire dans toute son étendue : « Votre commission a repoussé, à la presque unanimité, » une proposition qui avait pour objet de revenir aux principes » absolus de notre ancien droit, et de déclarer Français tout » individu né en France ; nous ajouterons seulement que votre » commission n'a pas voulu détruire l'article 9 du Code civil, » parce qu'il lui a paru que ce n'était pas sans de graves motifs » que l'on devait abolir une disposition fondamentale de notre » Code [2]. »

Je doute, malgré ce maintien exprès de l'art. 9 C. Nap., que cet article reçoive maintenant de nombreuses applications. Je doute même qu'on ait désormais souvent recours à la naturalisation de la loi du 3 décembre 1849 : à quoi bon passer par des épreuves longues, difficiles, coûteuses surtout, quand la simple résidence, sans autre condition, peut conduire à l'assimilation? Tout au plus demandera-t-on le bénéfice de l'article 13 C. Nap., pour se soustraire provisoirement aux règles spéciales établies contre les étrangers. Ces lois sont-elles bien concordantes? Pour laisser produire aux dispositions sévères de la loi du 3 décembre 1849 les résultats qu'en attendaient ses auteurs, ne faudra-t-il pas que le gouvernement refuse l'entrée du territoire, et enlève dès l'origine à l'étranger une hospitalité qui peut devenir pour lui un moyen tout simple d'annuler les sages précautions de la loi du 3 décembre? En un mot, cette loi du 7 février 1851 donne-t-elle satisfaction à ces deux exigences de notre époque : maintien des nationalités dégagées de toute empreinte de démarcations jalouses ; libre et complète réciprocité?

CH. BEUDANT.

[1] *Moniteur* du 29 juin 1848.
[2] *Moniteur* du 6 janvier 1851.

BIBLIOGRAPHIE.

COMMENTAIRE DES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES, PAR M. PAUL PONT.

Article de M. DE VALROGER, professeur à la Faculté de droit de Paris.

Il y a quelques années, Marcadé entreprenait une nouvelle explication du Code civil. Il était dans l'âge des longues espérances, et se flattait de mettre à fin l'œuvre où il avait porté toute l'ardeur d'un esprit plein de séve. Une mort prématurée est venue interrompre ses travaux : *pendent opera interrupta...* Dans ces heures douloureuses où aux regrets de l'époux et du père se mêlaient ceux de l'auteur arrêté dans une composition à laquelle il attachait l'honneur de son nom, Marcadé se chercha un continuateur. Il avait un ami associé à la fondation de cette *Revue*, bien connu de nos lecteurs par ses études critiques sur le mouvement quotidien de la jurisprudence, auteur d'un excellent traité sur le régime de la communauté : M. Paul Pont était tout naturellement désigné au choix de Marcadé. Il a accepté cette tâche, et commence une publication qui sera un monument élevé tout à la fois à l'amitié et à la science.

Pour reprendre l'œuvre de Marcadé au point où elle avait été suspendue, M. Paul Pont aurait eu à traiter de ce qu'on est convenu d'appeler les *petits contrats*. Il s'y rencontre assurément des questions dignes des jurisconsultes, mais ils ne comptent cependant point au nombre des grandes matières du droit. En athlète vigoureux qui aime à se mesurer tout d'abord avec les plus grandes difficultés, M. Paul Pont a franchi, pour y revenir plus tard, des sujets d'un intérêt secondaire, et s'est attaqué à l'une des matières les plus importantes et les plus épineuses du droit civil, aux priviléges et hypothèques. C'est ainsi qu'avait déjà procédé son devancier illustre, M. Troplong continuant Toullier; c'est ce que comptait faire Marcadé lui-même. Il n'en résultera dans la publication qu'une interversion de dates; l'économie de l'œuvre n'en sera point dérangée.

Si M. Paul Pont ne s'était fait une loi pieuse de marcher dans les voies de son ami, ce qui le condamnait à la forme du commentaire, nous croyons qu'après avoir exposé les priviléges sur les meubles, il aurait abordé les hypothèques, rejetant à la

suite ou fondant avec le régime hypothécaire tout ce qui concerne les priviléges sur les immeubles. Comment, en effet, traiter de ces priviléges sans s'expliquer sur les points les plus délicats du système hypothécaire. Il faut toucher en passant des questions qu'on aura plus tard à reprendre pour les approfondir; il faut supposer acquises des solutions qu'on aura ailleurs à établir. Contre les lois d'une exposition logique qui voudrait qu'on procédât du simple au composé, c'est dans ce qu'il y a de plus complexe qu'on se trouve jeté tout d'abord. M. Paul Pont connaît trop bien les secrets de la composition pour avoir adopté volontairement une telle marche; elle lui était imposée. Nous avons donc, dans le demi-volume publié, un traité complet des priviléges où déjà le régime hypothécaire est étudié, éclairé sous plus d'une de ses faces.

A peine cette publication a paru qu'elle a vivement attiré l'attention et obtenu d'unanimes éloges. Un jour MM. Hébert et Coin-Delisle, dans le *Journal des Débats* et dans la *Gazette des Tribunaux*, un autre jour M. Moulin, dans *le Droit*, en ont fait ressortir les mérites divers. Il ne convenait point que cette *Revue* fût la première à louer l'œuvre du plus actif de ses collaborateurs; aujourd'hui même nous éprouvons quelque embarras à mêler nos éloges à ceux qu'elle a d'ailleurs recueillis. Aussi bien, qu'apprendrais-je à nos lecteurs en leur disant que M. Paul Pont ne traite jamais une question sans ajouter à ce qui a été écrit avant lui quelque aperçu nouveau; que lors même qu'on n'adopte pas son opinion, on est frappé de ce que ses vues ont d'ingénieux; qu'à la lucidité de la pensée s'allie celle d'un style plein de transparence? M. Paul Pont n'a point la fougue de Marcadé; sa controverse n'est jamais passionnée; sa polémique reste toujours pleine d'urbanité; mais avec d'autres allures, c'est la même indépendance d'esprit, la même fécondité d'idées et le même amour de la vérité.

Parmi les nombreuses questions qui se déroulent sous chaque article, nous avons été particulièrement attiré par celles qui se rattachent à l'explication de la loi du 23 mai 1855. C'est dans la suite du volume, et en traitant des hypothèques, que M. Paul Pont aura surtout à étudier cette loi : mais il n'a pas exposé les priviléges sans l'envisager par certains côtés. Jetons, à la lumière de son livre, un coup d'œil sur quelques questions qui agiteront bientôt le Palais.

La loi de brumaire avait soumis les mutations de propriété immobilière entre-vifs à la nécessité de la transcription pour avoir effet à l'égard des tiers. Le Code Napoléon, après avoir appliqué ce système aux donations, le rejeta finalement pour les aliénations à titre onéreux. Un changement aussi considérable aurait dû, ce semble, être nettement formulé, et était de nature à donner lieu à de larges discussions : il n'en fut point ainsi. Le système de brumaire, adopté dans le projet de Code, fut écarté sans qu'on voie bien comment. Il disparut par voie de prétérition, sans abrogation formelle; on ne prit pas même le soin bien nécessaire de modifier divers articles conçus au point de vue de ce système, qui après son abolition n'avaient plus guère de sens. Voilà ce qui a été très-bien mis en lumière par mon honorable collègue M. Valette, dans une remarquable monographie à laquelle M. Paul Pont rend (p. 237) un hommage mérité.

A mesure que le mouvement des affaires s'est développé et que les conditions du crédit ont été mieux comprises, il s'est produit dans les idées un retour de plus en plus marqué vers le système de brumaire. Quand la réforme de notre régime hypothécaire fut mise sur le tapis, on se divisa sur beaucoup de points; on fut presque unanime sur celui-ci. La loi du 23 mars 1855 n'a donc fait que réaliser un vœu universel en rétablissant le principe de la transcription. Désormais, en traitant avec le propriétaire apparent d'un immeuble, on aura le moyen qui manquait jusqu'ici de s'assurer un titre incommutable : on n'aura pas à craindre de traiter avec quelqu'un qui, par quelque acte ignoré, a déjà aliéné ou altéré gravement son droit de propriété. Il ne sera besoin pour cela que de consulter le registre des transcriptions tenu au bureau de la conservation des hypothèques.

Il eût été conséquent de faciliter le plus possible la consultation de ce registre. Au contraire les pratiques de l'administration de l'enregistrement, signalées avec regret par M. Paul Pont (p. 263 et suiv.), opposent à la recherche des intéressés un grand obstacle. Le registre des transcriptions n'est point un livre ouvert au vulgaire; on ne peut connaître les mystères qu'il contient que par les révélations du conservateur. Qu'obtient-on de lui? Une indication courte, peu coûteuse, des changements subis par la propriété? Non : les conservateurs, se conformant

à une instruction du 24 novembre 1855, ne délivrent que des copies entières des actes transcrits. Avec les habitudes de nos notaires, qui visent peu au laconisme; avec les proportions volumineuses que, de leur côté, les avoués donnent aux cahiers d'adjudication, on est menacé de payer fort cher les lumières dont on a besoin. S'il s'est passé des actes nombreux, on recevra du conservateur un gros volume dans lequel il faudra chercher péniblement ce qu'on aimerait à lire d'un coup d'œil; de sorte qu'on aura payé beaucoup d'argent pour être beaucoup moins bien renseigné. M. Paul Pont voudrait que l'administration, changeant ses procédés, délivrât des états par extrait. J'aimerais à voir ce vœu réalisé, mais je ne l'espère guère. Les procédés de l'administration ne s'expliquent pas seulement par un intérêt fiscal; ils se justifient par le travail difficile et la grave responsabilité qui peseraient sur le conservateur s'il avait à étudier les actes transcrits, pour en extraire, à ses risques et périls, ce que les tiers ont besoin de savoir. Ce qu'il aurait fallu peut-être, c'est que la loi nouvelle, au lieu de prescrire, comme la loi de brumaire, la transcription entière des titres, y substituât une insertion par extrait faite par les contractants à leurs propres risques. Cette idée avait été émise dans les projets de réforme qui ont précédé la loi de 1855 : est-ce un intérêt fiscal ou la puissance des traditions qui a fait maintenir la formalité de la transcription? Nous ne savons, mais la loi existe. Elle prépare à l'avenir des embarras croissants; car la transcription n'étant point soumise à la prescription décennale qui atteint l'inscription des hypothèques, on se demande avec inquiétude quelles proportions prendront avec le temps les registres et les copies délivrées par les conservateurs.....

La transcription n'a pas seulement reçu la vertu de rendre opposables aux tiers les actes constitutifs de propriété ou de droits réels; elle purge désormais les hypothèques ou priviléges dont l'inscription n'a point encore eu lieu. L'article 2166 du Code Napoléon n'avait point permis d'inscrire après l'aliénation; le Code de procédure, par son article 834, permet d'inscrire encore utilement jusqu'à la transcription, et même dans la quinzaine suivante. La loi nouvelle abolit cette quinzaine de grâce. La transcription n'est donc plus une mise en demeure d'inscrire : elle clôt subitement le cours des inscriptions.

Ce résultat est grave pour tous les créanciers. Il impose un

redoublement de prudence à ceux qui prêtent sur hypothèque, mais il est grave surtout pour les vendeurs d'immeubles; car la loi de 1855 leur ferme toute demande en résolution pour défaut de payement du prix quand ils ont perdu leur privilége.

Voilà une autre innovation bien grave aussi. Un pas avait été fait en ce sens par la loi du 2 juin 1841 : un de ses articles, devenu l'article 717, § 2, du Code de procédure civile, avait déjà consacré pour le cas d'adjudication après saisie cette assimilation du privilége et du droit de résolution. La loi de 1855 la généralise. Il est, je le sais, peu logique d'affranchir la propriété du privilége du vendeur et de la laisser sous le coup d'une résolution plus grave encore par ses conséquences. Mais aussi est-il bien utile, est-il bien juste de soumettre les droits d'un vendeur aux conditions de publicité, si utiles et si justes en général? Quand je traite avec quelqu'un, je ne puis deviner s'il n'aura point fait quelque aliénation, constitué quelque servitude ou quelque hypothèque; point de sûreté donc si l'on pouvait m'opposer des actes que je n'aurais pas eu le moyen de découvrir. Mais puis-je ignorer les droits du vendeur de l'immeuble sur lequel je traite? Mon premier soin n'a-t-il pas dû être de vérifier les titres de celui avec qui je contractais? J'y ai lu qu'il avait acheté sans payer comptant : n'ai-je pas dû lui demander la preuve de sa libération? Grâce à la loi nouvelle, je puis me dispenser de cette peine. Je saurais de science certaine que le prix est encore dû, que je n'en pourrais pas moins traiter avec sûreté si l'on me fait apercevoir que le vendeur a oublié de rendre son privilége public ou d'en renouveler l'inscription, ou qu'il s'est glissé dans cette inscription quelque fatale irrégularité. La loi de 1855 est merveilleuse pour donner le moyen de tirer crédit d'un bien qu'on n'a pas payé; mais elle est bien dure pour des vendeurs dont tous les droits peuvent périr par un oubli, une négligence, un léger vice de formes. La publicité est assurément une excellente chose, et pour mon compte j'en ai le culte, mais je n'en ai point la superstition, et je me demande s'il n'y a pas là exagération d'un excellent principe. Mais je m'aperçois que je discute comme si la loi était à faire : elle est faite; l'expérience la jugera. Tant qu'elle n'aura point été modifiée, il ne peut être question pour nous que de l'interpréter.

La position faite au vendeur qui a perdu son privilége accroît l'importance des questions relatives à la conservation de ce privilége. Il est facile d'entrevoir dès maintenant de graves questions qui vont bientôt éclore dans la pratique.

Pour les rendre plus saisissables, je suppose un immeuble vendu par *Primus* à *Secundus*, qui l'a revendu à *Tertius*.

Le plus souvent *Secundus* aura transcrit, et le conservateur aura en conséquence inscrit le privilége du vendeur. Mais en imposant cette obligation au conservateur, le Code ne l'a point chargé de renouveler cette inscription, soumise, comme les autres, à la péremption décennale, puisqu'elle n'en a point été dispensée. M. Paul Pont se demande (p. 270) si, dans ce cas, le privilége du vendeur serait perdu. Il ne le croit pas, la conservation du privilége ayant été assurée à toujours par la transcription, qui n'est point, elle, soumise à renouvellement. Il proteste contre l'importance excessive qu'on a attachée à ces mots de l'article 2108 : *la transcription vaut inscription*. Je souhaite que son opinion fasse revenir en arrière la jurisprudence, engagée dans des voies contraires. La question a pris depuis la loi de 1855 une face nouvelle; car la nécessité où l'on est aujourd'hui de consulter non-seulement le registre des inscriptions, mais aussi celui des transcriptions, ôte toute raison à la déchéance qu'on voudrait prononcer en ce cas contre le vendeur.

Je supposerai maintenant que *Secundus* n'a pas transcrit.

Le vendeur a pu, faisant ce que son acquéreur ne faisait pas, procéder lui-même à la transcription.

Au lieu de cela, n'a-t-il pas pu employer une autre forme, et assurer son privilége par une inscription? M. Paul Pont (p. 256) ne le pense pas, tout en reconnaissant qu'il heurte une doctrine généralement reçue. Selon lui, la forme substantielle de la conservation du privilége du vendeur serait la transcription, la transcription seule.

Malgré la valeur que j'accorde aux opinions de M. Paul Pont, j'ai peine à le suivre dans ce formalisme. Je ne saurais comprendre que le vendeur soit déchu de son privilége quand il l'a manifesté par le mode le plus propre à le rendre public. Lorsque le Code eut consacré un principe aussi peu rationnel, en disant que la transcription *vaudra inscription pour les vendeurs*, l'article 2108 ne semble-t-il pas bien plutôt avoir reconnu que ré-

ciproquement l'inscription vaut transcription pour lui? Aussi M. Paul Pont admet-il qu'on ait pu, jusqu'à certain point, juger ainsi avant la loi de 1855; mais aujourd'hui, comment le vendeur s'inscrirait-il? La vente n'existe pas au regard des tiers..... Il est vrai qu'elle n'est pas opposable à ceux qui, depuis, auraient contracté avec le vendeur; mais ce n'est pas une raison pour qu'il ne puisse se faire connaître et dénoncer son droit par une inscription à ceux qui traiteront ultérieurement avec l'acquéreur. La loi de 1855, dont M. Paul Pont s'autorise, me semble, au contraire, par son article 6, § 2, avoir consacré le droit du vendeur de procéder par voie d'inscription.

Primus peut donc s'inscrire tant que *Secundus* n'aura point aliéné; il sera même toujours à temps de s'assurer ainsi la préférence sur les créanciers qui auraient acquis des hypothèques antérieures sur *Secundus*. Il en était ainsi d'après le Code, auquel la loi de 1855 n'a pas dérogé en ce point. Mais *Secundus* vient-il à aliéner, et l'aliénation est-elle transcrite, la position de *Primus* change; car la transcription purge tous les priviléges qui n'ont pas été rendus publics. Si quarante-cinq jours ne s'étaient pas encore écoulés depuis la vente que *Primus* a faite, l'article 8, que je citais tout à l'heure, l'autoriserait à prendre encore inscription. La loi nouvelle n'a pas voulu que par une aliénation et une transcription subites on puisse escamoter le privilége du vendeur : l'inscription prise dans les quarante-cinq jours de la première vente a effet rétroactif relativement au droit de suite, de même que, d'après le Code, l'inscription prise à toute époque, jusqu'à la revente, avait effet rétroactif relativement au droit de préférence. Mais ce délai de grâce passé, le vendeur subit la loi commune qui purge tous les droits non rendus publics avant la mutation transcrite.

Cette disposition de la loi du 23 mars a résolu implicitement une question fort agitée jusque-là au point de vue de l'article 834 du Code de procédure. Il s'agissait de savoir si, pour fermer le cours des inscriptions sur les précédents propriétaires, un acquéreur pouvait se borner à la transcription de son propre contrat, quoiqu'il y eût eu quelque mutation intermédiaire non transcrite; ou si le cours des inscriptions sur chaque propriétaire ne pouvait être fermé que par la transcription du contrat même qui avait fait sortir la propriété de ses mains. La jurisprudence s'est en général prononcée contre la nécessité de

faire transcrire toutes les mutations successives, et n'a demandé à l'acquéreur d'autre transcription que celle de son acquisition. Ce système a reçu une consécration légale. Il est bien évident, en effet, qu'aujourd'hui *Tertius* n'a pas besoin de faire transcrire le titre non encore transcrit de *Secundus*; car s'il était tenu de le faire, il assurerait par cela même le privilége de *Primus*; la loi nouvelle n'aurait pu disposer qu'après quarante-cinq jours le privilége est purgé par une transcription faite sans qu'il ait été auparavant rendu public.

Mais cette question vidée, il en restera une qui, déjà agitée sous le Code de procédure, prend sous la loi de 1855 une importance nouvelle. Pour que la transcription de la dernière vente suffise, ne faut-il pas au moins qu'elle énonce les mutations précédentes? M. Paul Pont ne discute point cette question. Se renfermant dans l'étude des priviléges au point de vue du droit de préférence, il ajourne à l'article 2166 ce qui se rapporte au droit de suite. En attendant les lumières nouvelles qu'il répandra sur cette question, je ne puis m'empêcher de regarder l'indication des aliénations antérieures comme indispensable. Sans cela, comment s'assurer si les droits d'un propriétaire subsistent encore? Les tables de la conservation des hypothèques ne sont ni ne peuvent être établies au nom des propriétés; il n'y figure et n'y peut figurer que les noms des propriétaires. Quand vous demandez au conservateur s'il existe quelque transcription qui ait dessaisi *Primus*, il ne pourra se reporter qu'au compte ouvert dans la table à ce nom, et il vous laissera nécessairement ignorer l'acquisition transcrite de *Tertius* si elle n'indique que *Secundus*, son vendeur, avait lui-même acquis de *Primus*. Un certificat négatif vous autorisera à croire que vous pouvez traiter avec *Primus* en toute sûreté. Et vous seriez atteint par une transcription que vous n'avez pas eu moyen de connaître! La législation ainsi entendue n'organiserait qu'une publicité fallacieuse. Nous croyons donc que la transcription ne dessaisit que les propriétaires précédemment dénommés dans l'acte transcrit, et que le conservateur à qui est demandé un état des transcriptions sur une certaine personne doit faire connaître non-seulement les transcriptions d'actes émanés directement d'elle, mais encore celles d'actes où son nom figure dans l'établissement de la propriété au nombre des propriétaires antérieurs. Il eût été bien désirable que la loi nouvelle réglât un point aussi

important : son silence prolongera les doutes, et fournira même un argument à ceux qui contesteront qu'on puisse faire dépendre la position de *Tertius* d'une formalité qu'aucun texte n'a prescrite, et obliger les conservateurs à étudier les actes transcrits pour en déduire la chaîne de mutations. Mais si la loi est muette, la force des choses parle assez haut pour suppléer à son silence.

M. Paul Pont, qui n'avait point encore à se prononcer sur cette question délicate, en a rencontré sur son chemin quelques autres liées plus intimement à son sujet, c'est-à-dire au droit de préférence résultant des priviléges. Il signale comment, sous la loi nouvelle, le droit de préférence pourra survivre en divers cas au droit de suite effacé par une aliénation transcrite avant inscription.

Cela ne souffre guère de difficulté pour les priviléges généraux énumérés dans l'article 2101.

La question n'est guère douteuse encore relativement à la séparation des patrimoines. M. Paul Pont remarque avec justesse que la loi nouvelle rend plus nécessaire la distinction de deux droits d'une nature fort différente : que deviendrait le droit des créanciers héréditaires, s'il pouvait être anéanti sous tous rapports par une aliénation faite au lendemain de l'ouverture de la succession et transcrite immédiatement?

En poursuivant les mêmes idées, M. Paul Pont arrive à une décision plus contestable. On sait le droit réservé au cohéritier par le § 2 de l'article 834 C. de proc. La jurisprudence et la doctrine s'étaient accordées pour voir là un autre cas où le droit de préférence survivait au droit de suite, l'aliénation transcrite effaçant le droit de suite au bout de quinzaine, mais le droit de préférence pouvant se conserver encore par une inscription prise dans les soixante jours du partage. La loi nouvelle a donné quarante-cinq jours au cohéritier pour s'inscrire même avec droit de suite, nonobstant toute transcription antérieure. Le délai de soixante jours accordé par l'article 2109 du Code Napoléon, pour la conservation du droit de préférence, continue-t-il d'exister? M. Paul Pont le croit. Il me semble peu probable que les auteurs de la loi nouvelle ajent songé à maintenir ce délai de soixante jours. Mais, pour qu'il subsiste, ne suffit-il pas qu'ils ne l'aient point abrogé?

On voit que de points difficiles M. Paul Pont a déjà eu à traiter.

Ce n'est cependant qu'une première reconnaissance faite sur le terrain de la loi de 1855. M. Paul Pont la complétera en exposant la matière des hypothèques. C'est pour nous un motif de plus de souhaiter la prompte apparition de la partie qui doit y être consacrée. Nous pouvons espérer qu'elle ne se fera pas longtemps attendre; car ce qu'il a écrit sur les priviléges prouve qu'il a profondément étudié le régime hypothécaire et a son parti pris sur toutes les grandes questions de ce sujet.

DE VALROGER.

CHRONIQUE.

Le défaut d'espace nous oblige à ajourner jusqu'à une prochaine livraison le compte rendu de la séance de l'Académie de législation de Toulouse, du 3 août 1856, dans laquelle l'institution fondée par l'arrêté de M. le ministre de l'instruction publique, du 30 mai 1855, a reçu sa première application. On sait que cet arrêté a eu pour objet de fonder une médaille qui doit être décernée chaque année à celui des docteurs, lauréat des diverses facultés, dont le mémoire sera jugé le plus remarquable sous le rapport de la science et par les qualités du style. En attendant que nous mettions sous les yeux de nos lecteurs le rapport fait par notre collaborateur, M. Laferrière, sur le concours de l'année 1855, et qui contient l'appréciation des divers travaux soumis au jury, nous nous empressons de constater que l'Académie de législation a déclaré que le mémoire couronné par la Faculté de droit de Poitiers lui a paru mériter le prix du concours entre les lauréats du doctorat, et décerné en conséquence, à son auteur, M. Arnault de Guenniveau, la médaille d'honneur instituée par M. le ministre de l'instruction publique et des cultes.

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière civile.

Par M. Paul Pont, docteur en droit, juge au Tribunal civil de la Seine.

SOMMAIRE.

I. Observations préliminaires et division de cet Examen doctrinal.
II. § 1er. *Du mode à suivre, d'après le Code Napoléon, pour rendre publique la subrogation dans l'hypothèque légale de la femme.* — Que la simple mention de la subrogation à l'hypothèque légale, dans l'inscription à l'hypothèque conventionnelle accordée par le mari, équivaut à l'inscription de l'hypothèque légale elle-même et la remplace.— Critique de l'arrêt du 4 février 1856, par lequel la Chambre civile de la Cour de cassation s'est prononcée en sens contraire.
III. § 2. *Du mode à suivre pour l'inscription d'après la loi du 23 mars 1855 sur la transcription.* — Que l'inscription de la subrogation accessoirement à l'inscription de l'hypothèque conventionnelle et par voie de mention faite dans cette dernière inscription, n'est pas incompatible non plus avec les dispositions de l'article 9 de la loi du 23 mars 1855. — Examen de la doctrine des auteurs sur ce point.
IV. § 3. *De la nature des reprises de la femme mariée en communauté, et des droits de la femme commune, à raison de ses reprises, sur les biens de la communauté.* — Que l'arrêt précité, du 4 février 1856, contient une protestation par la Cour de cassation elle-même contre sa propre jurisprudence sur ce point de droit. — Transition à l'examen d'une doctrine nouvelle qui s'est produite en faveur de cette jurisprudence.
V. § 4. *De la nature des reprises et des droits de la femme lorsque le régime de la communauté est modifié par une clause de reprise d'apports francs et quittes en cas de renonciation.* — Critique de l'arrêt du 16 avril 1856, par lequel la Chambre des requêtes a vu dans cette clause l'équivalent d'une stipulation de régime dotal partiel.

1. Nous nous proposons de défendre une fois de plus, dans cette *Revue*, les droits de la pratique et ceux de la tradition contre le danger des innovations ou des découvertes trop complaisamment offertes à titre de progrès. A Dieu ne plaise, cependant, que nous entendions nous présenter comme un partisan systématique, un défenseur *quand même* des pratiques anciennes. Nous reconnaissons, au contraire, qu'il ne serait pas bon de se tenir toujours et en tout dans les voies battues, et nous sentons à merveille que celui-là servirait bien mal la science, et en tous cas lui laisserait peu d'élan, qui la voudrait con-

damner à faire ou dire toujours de telle manière par la seule raison que jamais on n'aurait dit ou fait autrement. Mais, en droit, et lorsqu'il s'agit uniquement de l'interprétation juridique, nous tenons que l'innovation ou la découverte n'est pas nécessairement le progrès : à nos yeux, la tradition est, dans cette sphère, une autorité puissante avec laquelle il faut compter, et nous pensons que marcher sur sa trace, habituellement si lumineuse, est encore le moyen le plus sûr de ne pas s'égarer. Par exemple, quand nous trouvons, dans un contrat, une clause dont tous les termes sont dès longtemps connus, qui vit par une interprétation généralement acceptée et dont la pratique n'a jamais dévié; quand, dans une procédure, nous rencontrons une forme que les praticiens se sont successivement transmise et qu'ils ont invariablement employée comme répondant aux exigences en vue desquelles elle a été établie, nous prenons l'usage en très-grande considération, et nous y voulons voir de bien près avant de croire le censeur qui, s'élevant tout à coup contre les données d'une longue pratique, vient affirmer que la clause a été toujours mal comprise; que la forme ne remplit pas son objet.

Encore si l'innovation devait ne pas sortir de ce domaine de la théorie où tout est purement spéculatif, on pourrait ne pas lui opposer une résistance bien vive. Mais cette interprétation, qui a traversé une longue suite d'années sans rencontrer jamais un contradicteur, elle s'est traduite en faits dans un nombre infini de conventions dont elle est la base! Mais cette forme, qui a été incessamment suivie sans que l'efficacité en ait été jamais contestée, elle a été la sauvegarde à l'ombre de laquelle bien des droits acquis se sont placés! Et quand nous considérons que l'innovation va remettre tout cela en question; que ces conventions pourront être annulées, que ces droits vont être détruits si les anciennes pratiques sont condamnées, nous estimons que la chose vaut bien qu'on y regarde, et qu'il y aurait plus que de l'imprévoyance à s'engager à l'aventure sur les pas du novateur qui, à l'improviste, s'attaque aux formes consacrées ou prête à des stipulations connues une portée que nul n'avait aperçue avant lui.

C'est surtout dans la jurisprudence de la Cour de cassation que nous avions trouvé jusqu'ici l'exemple de cette juste réserve. Mais voici qu'à deux reprises différentes, dans une période de deux mois, la Chambre civile d'abord, et puis la Chambre des

requêtes, s'en sont écartées par les solutions les plus propres à suggérer les réflexions qui précèdent. L'une de ces solutions, que nous prenons parmi les questions en grand nombre décidées par l'arrêt de la Chambre civile, du 4 février 1856 [1], statue sur l'effet des mentions de subrogation dans l'hypothèque légale; l'autre, émanée de la Chambre des requêtes, le 16 avril 1856 [2], détermine la portée juridique qu'elle assigne à la clause de reprise d'apports francs et quittes stipulée, dans un contrat de mariage, en faveur de la femme ou de ses héritiers, pour le cas de renonciation à la communauté.

Ce sont deux points que nous nous proposons d'apprécier. Toutefois nous relèverons encore, dans le premier arrêt, une autre solution qui a aussi son importance, non pas seulement en elle-même, mais encore et surtout par quelques motifs sur lesquels elle est fondée. Il y a dans ces motifs une sorte de protestation, par la Cour de cassation elle-même, contre sa propre jurisprudence si connue sur les prélèvements et les reprises de la femme mariée en communauté. Nous nous attacherons à ces motifs, d'abord parce qu'ils nous fournissent l'occasion d'apprécier quelques idées nouvelles qui se sont produites dans cette *Revue* même, en faveur de la jurisprudence à laquelle nous faisons allusion [3], et ensuite parce que c'est par là que nous trouvons dans le premier arrêt une transition à l'examen du second, dont la décision se rattache à quelques théories particulières élevées à l'occasion de cette même jurisprudence.

Ainsi, nous nous occuperons d'abord de l'effet des mentions de subrogation à l'hypothèque légale, 1° au point de vue des dispositions du Code Napoléon; 2° au point de vue de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription; et ensuite de la nature du droit qui appartient à la femme, eu égard aux créanciers de la communauté, pour l'exercice de ses reprises ou prélèvements, 1° au point de vue de la communauté légale, 2° au point de vue de la communauté modifiée par la clause de reprise d'apports francs et quittes en cas de renonciation.

Tel est le cadre dans lequel se renfermera notre Examen doctrinal.

[1] V. *J. du Pal.*, 1856, 1, 449.—Dalloz, 56, 1, 61.—Devill. et Car., 56, 1, 225.
[2] V. Devill. et Car., 56, 1, 411. — Dalloz, 56, 1, 298.
[3] V. la dissertation de M. Brésillion, t. VIII, p. 411 et suiv.

§ 1er. — De l'effet, d'après le Code Napoléon, des mentions de subrogation dans l'hypothèque légale.

2. Avant tout, il faut se bien pénétrer des usages pour se défendre d'une confusion dans laquelle il serait aisé de tomber si on n'appréciait pas sainement les habitudes qui se sont successivement introduites dans la pratique. A l'origine, le créancier subrogé à une hypothèque présentait des bordereaux semblables à ceux dont il est question à l'article 2148 du Code Napoléon, et requérait à la fois *inscription* et *mention* de sa subrogation [1]. Ces bordereaux donnaient lieu alors, au profit du subrogé, à une inscription qui faisait double emploi avec celle du subrogeant, lorsque celle-ci préexistait sur les registres; et il en pouvait résulter un certain embarras et de la confusion sur les états d'inscription : en outre, le subrogé, qui pouvait bien donner mainlevée de la seconde inscription, ne pouvait, sans justifier de ses droits à la première, en obtenir la radiation.

Ce fut pour obvier à cela, par mesure d'ordre et pour simplifier, que, plus tard, sans prendre une inscription séparée, on demanda au conservateur, en lui remettant copie du titre constatant la subrogation, de certifier en marge de l'inscription préexistante que le bénéfice en avait passé en tout ou en partie de l'ancien titulaire au nouveau, ce que le conservateur ne put faire sans exiger toutes les justifications propres à mettre sa responsabilité à couvert. Et ce mode de procéder, organisé par diverses instructions de l'administration de l'enregistrement [2], reçut, dans la pratique, la dénomination de *mention de subrogation*. Il est usité encore, soit que le subrogé prenne une inscription en renouvellement, soit qu'il n'en prenne pas; et il a son avantage en ce que le changement opéré dans les droits du titulaire se trouvant constaté en marge de l'inscription, celui-ci est empêché de donner mainlevée de cette inscription au préjudice de son subrogé.

Mais, en ce qui concerne la subrogation dans l'hypothèque légale spécialement, nous ne retrouvons plus ces deux phases distinctes dans le mode de procéder. L'hypothèque légale n'étant presque jamais inscrite, le premier mode s'est maintenu;

[1] V. Massé, *Parfait notaire*, t. III, p. 590.

[2] 22 ventôse an X; 30 juin 1828, n° 123. — V. M. Baudot, *Formal. hypoth.*, nos 738 et suiv.

et c'est *par un bordereau* qu'on a requis *mention de la subrogation*, non point en marge d'une inscription préexistante, mais sur *les registres du conservateur*. Ceci était tout autre chose que les mentions de subrogation dont nous venons de parler; c'est évident, puisque le bordereau contenant une simple allégation sans justification restant aux mains du conservateur (art. 2150), celui-ci, qui doit faire mention du contenu au bordereau, aurait été contraint, par une simple allégation, de constater sur son registre que l'ancien titulaire avait perdu ses droits à l'inscription. Cette réquisition avait donc un autre objet. Or quel était cet objet? Évidemment de procurer au créancier l'*inscription* même de son droit. Et en effet, nous n'avançons rien que le praticien, même le plus novice, ne soit en mesure de confirmer en disant que cette mention de la subrogation sur *les registres* était prise comme remplaçant l'inscription de l'hypothèque légale elle-même; que cette forme étant employée, les créances protégées par l'hypothèque légale étaient considérées comme inscrites dans la mesure des droits du subrogé. La preuve de ceci, d'ailleurs, se trouve écrite dans tous les formulaires publiés, notamment depuis l'année 1824, par les ouvrages spéciaux : on y voit que le créancier qui a pour garantie une hypothèque conventionnelle et une subrogation dans l'hypothèque légale de la femme, satisfait à toutes les conditions de publicité lorsqu'il comprend les deux hypothèques dans la même inscription, et se borne à requérir, pour l'hypothèque légale, *mention de la subrogation sur les registres du conservateur* [1]. Nous remarquons même, dans un journal spécial, un arrêt de la Cour de Paris qui aurait déclaré un conservateur responsable envers le créancier, pour n'avoir pas porté, sur un état, une hypothèque légale inscrite dans la forme que nous venons d'indiquer [2].

Voilà donc les données de la pratique; et cette autorité, toujours grave, semblait particulièrement ici devoir être tout à fait décisive. Car enfin, la clause elle-même, la stipulation de subrogation à l'hypothèque légale, est exclusivement l'œuvre des praticiens. La loi, en effet, n'est pour rien dans sa création;

[1] V. la 2e édit. du *Dict. du not.*, publié en 1824, v° *Inscript. hypoth.*, p. 424. — Junge, *Dict. du not.*, 3e édit., *eod. verb.*, formule n° XI.—V. aussi MM. Éd. Clerc et A. Dalloz, *Manuel du not.*, part. I, p. 67.

[2] V. Paris, 18 nov. 1839 (*J. des conserv.*, art. 89).

non-seulement elle ne définit pas la convention, mais elle ne l'avait même pas dénommée jusqu'au décret du 28 février 1852 sur les sociétés de crédit foncier, le premier acte législatif dans lequel on la trouve mentionnée; et cette convention, si fréquente aujourd'hui, cette convention si usuelle serait encore ignorée si le besoin des affaires n'eût provoqué les praticiens à l'imaginer comme un moyen propre à protéger les créanciers contre les effets si menaçants de l'hypothèque occulte dont sont grevés les biens du débiteur marié. Qui donc, avec plus d'autorité que les inventeurs mêmes de cette convention, aurait pu dire non-seulement ce qu'elle est, mais encore et surtout les conditions auxquelles elle reste efficace?...

Aussi ce moyen de l'inscription collective, que la pratique avait imaginé, a-t-il été accepté et s'est-il maintenu longtemps dans la tradition sans que l'idée soit venue à personne de prétendre qu'il est insuffisant au point de vue de la publicité du droit concédé au créancier subrogé. La première trace que nous trouvons, dans la jurisprudence, de la prétention contraire, ne remonte pas au delà de l'année 1835; encore même la prétention fut-elle mise en avant alors par les syndics d'une faillite et accessoirement à la grave question de savoir si la femme qui a perdu son droit de suite sur l'immeuble peut revendiquer son droit de préférence sur le prix. Mais cette première tentative ne fut pas heureuse, et la Cour d'Angers, devant laquelle elle se produisit, sanctionna nettement les données de la pratique en décidant : « que le créancier, ayant obtenu subrogation dans » l'hypothèque légale de la femme, *avait fait mentionner cette* » *subrogation dans l'inscription hypothécaire qu'il avait prise* » bien avant la vente des immeubles dont le prix était à distri- » buer; *que cette mention, portée sur le registre du conservateur,* » contenant toutes les énonciations prescrites par l'article 2153, » *équivalait à l'inscription que la femme eût pu prendre elle-* » *même;* que tout au moins elle était un avertissement pour les » tiers que les notifications prescrites par la loi devaient être » faites non-seulement à la femme, mais aussi au créancier qui » était subrogé à ses droits...[1] »

Depuis, nous le savons, cet usage dont l'intérêt personnel de créanciers primés a fini par faire un point de controverse, a été

[1] V. Angers, 3 avril 1835 (Devill. et Car., 35, 2, 226).

mis de nouveau en question devant les tribunaux, et même trois Cours impériales en ont condamné la pratique : ce sont les Cours d'Amiens, de Limoges et de Bourges [1]. Mais, hâtons-nous de le dire, l'une de ces trois Cours, celle de Bourges, n'a pas tardé à se rétracter, et à l'exemple de celle d'Angers et des Cours de Paris et de Bordeaux, devant lesquelles la difficulté a été aussi soulevée, elle a reconnu que le créancier subrogé à l'hypothèque légale d'une femme mariée n'est point tenu, pour conserver les droits attachés à cette hypothèque, de la faire inscrire dans la forme sacramentelle des inscriptions ordinaires; qu'il suffit à cet égard d'une simple mention de la subrogation sur les registres du conservateur des hypothèques, par exemple d'une mention dans l'inscription de l'hypothèque conventionnelle consentie au même créancier par le mari. Nous connaissons sept arrêts de Cours impériales rendus en ce sens [2]. Et la Cour de cassation elle-même adoptait pleinement cette jurisprudence; car c'est sur l'autorité de ces précédents, et en les confirmant de la manière la plus expresse, que la Chambre des requêtes a jugé récemment, le 13 novembre 1854 [3], que l'inscription particulière de l'hypothèque de la femme par l'un des créanciers subrogés ne donne à ce créancier aucun droit de préférence ou priorité sur les autres, lorsque déjà l'existence de cette hypothèque légale avait été révélée *par l'inscription prise par un autre créancier de son hypothèque conventionnelle*, AVEC MENTION DE LA SUBROGATION A L'HYPOTHÈQUE LÉGALE A LUI CONSENTIE AUSSI PAR LA FEMME.

3. C'est, pourtant, en présence de ces précédents, que la Chambre civile de la Cour suprême, entrant en lutte avec la Chambre des requêtes, vient d'enlever aux mentions de subrogation l'effet juridique que la pratique et la jurisprudence dominante leur avaient assigné! — Indiquons tout d'abord les cir-

[1] V. Amiens, 14 août 1839 et 10 juillet 1843; — Limoges, 21 janv. 1843; — Bourges, 30 avril 1853 (Devill. et Car., 40, 2, 305; 46, 2, 295; — *J. du Pal.*, 1853, 2, 228; — Dalloz, 54, 2, 52; — *J. du not.*, 1re série, n° 404, p. 53).

[2] V., outre l'arrêt d'Angers déjà cité, ceux de Bordeaux, 4 juillet 1849; de Paris, 24 août 1840, 25 janv. 1851, 30 juin 1853, 31 août 1854, et de Bourges, 18 mars 1854 (*J. du Pal.*, 1840, 2, 68; 1854, 2, 218 et 510; — Devill. et Car., 55, 2, 177; — *J. des not. et des av.*, art. 13,856, 14,304, 15,293; — *J. des conserv.*, art. 1026).

[3] V. Devill. et Car., 55, 1, 193; — Dalloz, 55, 1, 113; — *J. du Pal.*, 1855, 1, 5.

constances dans lesquelles l'arrêt est intervenu : il n'est pas indifférent de les connaître.

M. et Mme de Visien, mariés en 1823 sous le régime de la communauté, avaient acquis en 1827 le domaine dit de la Grillaire et celui de la Maisonnette dans les arrondissements de Romorantin et d'Orléans. Puis, ils empruntèrent, notamment par acte des 13 et 14 novembre 1839, de M. l'amiral de Linois 130,000 francs, de Mme de Clausel 50,000 francs, de M. Brechtel 25,000 francs, et de Mlle de Préfontaine 15,000 francs. Par ce même acte, les emprunteurs s'obligèrent solidairement, et hypothéquèrent la totalité de leur propriété de la Grillaire et la Maisonnette, conquêts de leur communauté, au profit des coprêteurs venant tous ensemble en concurrence; et en outre, Mme de Visien, pour surcroît de garantie, céda ses droits d'hypothèque légale à tous les créanciers par préférence à elle-même. Inscription fut prise, le 27 novembre 1839, pour chacun, de son hypothèque conventionnelle, *avec mention de subrogation et de concurrence*. Ainsi, les inscriptions contenaient, en ce qui concerne l'hypothèque conventionnelle, les énonciations prescrites par l'article 2148 du Code Napoléon; et, en outre, ce qui est important à noter, chaque inscription se terminait par la réquisition suivante : « MM. les conservateurs des hypothè-
» ques aux bureaux de Romorantin et d'Orléans sont, en outre,
» requis, chacun en ce qui le concerne, *de faire mention sur*
» *leurs registres* de la subrogation consentie par Mme de Visien,
» au profit de (le prêteur), mais pour ce dernier venir concur-
» remment avec ses coprêteurs, dans l'effet de son hypothèque
» légale et de toutes inscriptions qui auraient pu ou pourraient
» être prises pour la conserver, et ce par suite du transport que
» Mme de Visien a fait à M... (le prêteur) de ses droits matri-
» moniaux, le tout avec garantie et par préférence et antériorité
» à la cédante, mais seulement jusqu'à due concurrence et sans
» limitation... »

Les choses étaient en cet état, lorsque, huit ans plus tard, le 6 avril 1847, M. de Malet prêta à son tour à M. et Mme de Visien 91,500 francs destinés à payer plusieurs créances ou partie de créances, notamment 23,500 francs sur la créance de M. de Linois; et, en effet, suivant quittance notariée du 1er juin 1847, ce dernier toucha les 23,500 francs sur sa créance, mais avec réserve de toute antériorité pour ce qui lui restait dû, et

aussi avec déclaration d'origine des deniers fournis par M. de Malet qui, ainsi, se trouva subrogé aux lieu et place de M. de Linois pour 23,500 francs seulement.

M. de Linois, Mme de Clausel, M. Brechtel et Mlle de Préfontaine ont renouvelé chacun, le 8 octobre 1849, par conséquent en temps utile, leur inscription avec la mention dont les termes viennent d'être reproduits. Au contraire, M. de Malet a négligé de renouveler l'inscription de Linois à laquelle il avait été subrogé jusqu'à concurrence de 23,500 francs; le renouvellement n'a eu lieu qu'en 1850, c'est-à-dire quand cette inscription, dont la date remontait au 27 novembre 1839, était déjà périmée. Mais, le 10 février 1851, M. de Malet fit inscrire l'hypothèque légale de Mme de Visien comme subrogé aux droits de celle-ci. Cette inscription était faite « *en conformité de l'article* 2135, — *au* » *profit de M. de Malet, demeurant à...., comme subrogé dans* » *l'hypothèque légale de Mme de Visien...; — pour lequel do-* » *micile est élu... : — contre M. de Visien. — En vertu* 1° *du* » *contrat de mariage de M. et Mme de Visien passé...*, 2° *de* » *tous autres titres*, 3° *de la loi. — Pour sûreté* 1° *de la somme* » *de* 23,500 *francs, pour raison de laquelle il a été subrogé dans* » *les droits de M. de Linois, et notamment dans l'effet de l'hy-* » *pothèque légale de Mme de Visien contre son mari;* 2° des in- » térêts...; 3° des frais évalués à..... — Sur les domaines de la » Grillaire et de la Maisonnette (conquêts de la communauté)... » Puis, l'inscription se terminait par cette mention dont il faut aussi retenir les termes : « *La présente inscription est requise au* » *profit de M. de Malet comme subrogé dans l'hypothèque légale* » *de Mme de Visien :* 1° en vertu de l'obligation de 1839, 2° d'une » obligation souscrite en 1847 par M. et Mme de Visien à M. de » Malet avec promesse d'emploi, 3° d'une quittance subrogative » de la part de M. de Linois du mois de juin suivant. »

Cependant le domaine de la Grillaire et la Maisonnette furent saisis et vendus par adjudication à la suite d'une procédure de conversion en vente volontaire. Les adjudicataires ou leurs acquéreurs remplirent les formalités de la purge, et divers ordres furent ouverts sur les prix : de là les collocations qui ont donné lieu au litige.

En premier lieu vient l'ordre provisoire; on y voit que les quatre prêteurs, à l'acte des 13 et 14 novembre 1839, sont colloqués *au même rang* entre eux, à la date de leur inscription,

27 novembre 1839; que M. de Malet est colloqué seulement à la date de l'inscription des héritiers de Linois, du 8 octobre 1849, renouvelant celle du 27 novembre 1839, toutefois postérieurement auxdits héritiers, pour les 23,500 francs par lui payés à M. de Linois; et que toutes les demandes en allocation, en vertu de subrogation à l'hypothèque légale, sont rejetées, parce qu'il n'est justifié d'aucune reprise en faveur de Mme de Visien.

Vient ensuite le jugement du 23 septembre 1853, par lequel le tribunal de Romorantin, prenant un point de vue différent de celui du juge-commissaire, constate que les reprises de Mme de Visien s'élèvent à des sommes considérables; déclare ensuite, d'une part, quant à M. de Malet, que s'il a perdu le rang de son hypothèque conventionnelle à défaut de renouvellement, il n'avait pu perdre, par la même cause, la subrogation dans l'hypothèque légale dispensée d'inscription, et d'une autre part, quant aux autres créanciers, que la mention de la subrogation à l'hypothèque légale de Mme de Visien, dans l'inscription de leur créance, suffit à assurer leur rang comme s'ils avaient pris une inscription spéciale de cette hypothèque; et enfin décide que pour tous les créanciers, y compris M. de Malet, le rang doit être le même, à la date de l'hypothèque légale de Mme de Visien, sauf, toutefois, que pour les 23,500 francs, M. de Malet n'a droit de venir qu'après les héritiers de Linois.

En troisième lieu se produit l'arrêt de la Cour d'Orléans du 12 juillet 1854, qui, infirmant, sur l'appel, la décision des premiers juges et la collocation si raisonnable et si juridique qu'ils avaient adoptée, fait passer M. de Malet avant les autres créanciers, même avant les héritiers de Linois, « attendu que pour » toutes les créances (autres que celle de M. de Malet), à raison » desquelles la dame de Visien avait consenti des subrogations » dans l'effet de son hypothèque légale, aucune inscription de » cette hypothèque n'a été prise soit au nom de ladite dame, » soit au nom des créanciers subrogés; que les inscriptions » d'hypothèques conventionnelles prises par ces créanciers, » *quoique relatant la subrogation à l'hypothèque légale de la* » *dame de Visien*, ne sauraient équivaloir à l'inscription de cette » hypothèque légale, inscription soumise, comme toutes les » autres, à des conditions et à des formes substantielles dont » on ne retrouve aucun équipollent dans ces mentions, *qui* » *n'avaient en réalité d'autre but que de manifester la volonté*

» *des inscrivants de réclamer le bénéfice des subrogations con-*
» *senties en leur faveur...* »

Et enfin, vient l'arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation, du 4 février 1856, lequel, en rejetant le pourvoi dirigé contre la décision de la Cour d'Orléans, se borne à dire « que » l'inscription de l'hypothèque légale de la femme est soumise » à des formalités substantielles prescrites par l'article 2153 » C. Nap.; que la simple *mention* de subrogation dans cette hy- » pothèque *accessoirement* à l'inscription d'une hypothèque » conventionnelle, ne présentant pas toutes les conditions vou- » lues par la loi pour l'inscription de l'hypothèque légale elle- » même, *ne saurait équipoller à cette inscription et la rempla-* » *cer;* qu'en le jugeant ainsi, la Cour d'Orléans n'a fait que se » conformer à la loi. »

Telles sont, dans leur ensemble, l'espèce et la décision sur lesquelles nous appelons l'attention du lecteur.

Quelques-uns ont cherché à limiter la portée de cet arrêt; d'autres ont voulu le concilier avec celui de la chambre des requêtes, du 13 novembre 1854, que nous citions tout à l'heure, et ont prétendu que si les deux arrêts sont opposés, ils ne sont pas, du moins, contradictoires. A cet égard, la comparaison des deux espèces ne permet ni l'illusion ni l'équivoque. Dans l'une et dans l'autre nous rencontrons d'abord une inscription collective au profit de créanciers premiers subrogés, et ensuite une inscription spéciale de l'hypothèque légale requise par un autre créancier auquel la subrogation avait été ultérieurement consentie. Dans l'une et dans l'autre, la question qui se pose est une question de préférence entre ces créanciers, les uns excipant d'une inscription collective, c'est-à-dire de l'inscription de l'hypothèque légale *par mention* dans l'inscription de leur hypothèque conventionnelle, et l'autre venant avec une inscription spéciale de l'hypothèque légale. Or l'arrêt du 13 novembre 1854, rendu par la Chambre des requêtes, donne la préférence aux premiers, tandis que l'arrêt du 4 février 1856, rendu par la Chambre civile, donne la préférence au second. Et pourquoi? Serait-ce, comme on l'a dit en vue de la conciliation des deux arrêts, parce que les mentions de subrogation auraient été plus explicites dans la première espèce que dans la seconde? Serait-ce parce que, dans celle-ci, les mentions auraient présenté moins que dans celle-là les conditions voulues par la loi pour l'inscrip-

tion de l'hypothèque légale elle-même? En aucune manière; les mentions de subrogation ont été identiques dans les deux espèces; dans l'une et dans l'autre elles se sont produites dans les mêmes conditions, et ni dans l'une ni dans l'autre, à vrai dire, la Cour n'en a pesé les termes. Mais la simple mention de l'hypothèque légale dans l'inscription de l'hypothèque conventionnelle, qui a été regardée, par la Chambre des requêtes, comme susceptible de présenter, en se combinant avec l'ensemble de l'inscription, toutes les conditions voulues par la loi pour l'inscription de l'hypothèque légale elle-même, a été considérée, au contraire, par la Chambre civile, comme ne pouvant pas se compléter ainsi; et c'est par là uniquement que l'arrêt du 4 février 1856, allant en sens inverse de celui du 13 novembre 1854, lequel avait admis l'efficacité de l'inscription collective et avait dit, *en thèse générale*, que l'hypothèque légale est suffisamment révélée par la simple mention dans l'inscription de l'hypothèque conventionnelle, a été amené à dire, au contraire, *et en thèse générale aussi*, que la simple mention de subrogation, accessoirement à l'inscription d'une hypothèque conventionnelle, ne remplace pas l'inscription de l'hypothèque légale, et par là à rejeter l'inscription collective des deux hypothèques. — C'est bien là, quoi qu'on en puisse dire, la portée véritable de l'arrêt; c'est à ce point de vue qu'il doit être apprécié.

4. Disons-le tout d'abord : si une décision judiciaire pouvait n'être jugée que par les résultats qui s'y rattachent d'une manière immédiate, celle-ci aurait peu de chances assurément de se maintenir dans la jurisprudence. Il suffit, pour en demeurer convaincu, de jeter un coup d'œil sur les faits, soit dans le passé, soit dans le présent.

D'une part, quant au passé, revenons à l'usage rappelé tout à l'heure sur les mentions de subrogation dans l'hypothèque légale; nous trouvons ces mentions invariablement admises comme dispensant de l'inscription spéciale de l'hypothèque légale elle-même, lorsqu'elles sont faites dans l'inscription de l'hypothèque conventionnelle du créancier subrogé. Qu'on cherche, en remontant jusqu'à l'époque où les subrogations à l'hypothèque légale de la femme se sont généralisées dans la pratique, on en verra certainement fort peu, parmi celles qui sont accessoires à une obligation hypothécaire souscrite par le mari, qui aient été rendues publiques autrement que par cette voie de la

mention dans l'inscription de l'hypothèque conventionnelle. Encore une fois, c'était l'usage constant; et tout créancier subrogé qui, sur la foi de cet usage, a fait connaître sa subrogation en la forme usitée, a eu toute raison, sans se préoccuper autrement, de se croire parfaitement assuré d'avoir un gage sérieux et une préférence acquise sur tous autres créanciers avec lesquels ses débiteurs auraient contracté ultérieurement. Eh bien! cette assurance est soudainement détruite; l'arrêt de la Cour suprême, en condamnant l'usage rétrospectivement, vient dire aux créanciers subrogés que quelque universel que cet usage ait pu être, quelque prolongée qu'en ait été la pratique, ils n'ont pas dû s'y confier; et tous ces droits, que tant de subrogations ont conférés, n'ont plus désormais qu'une existence incertaine et précaire, déchus qu'ils sont de leur rang sur le gage qui leur avait été directement affecté! En voici un qui, né en 1839 et rendu public immédiatement en la forme usitée comme répondant à toutes les exigences de la publicité, disparaît cependant et s'efface, en 1856, devant une créance qui n'avait pris naissance qu'en 1847, huit ans après lui, et dont le titre à la préférence s'est trouvé dans une inscription faite en 1851 seulement! Combien d'autres pourront s'écrouler de même! Le champ est désormais ouvert devant les créanciers auxquels l'existence de tels droits fait obstacle; et comme rien n'a été plus usuel, depuis nombre d'années, que les conventions de l'espèce, nul ne saurait dire ce qu'il y a aujourd'hui de prêteurs confiants dont les placements sont compromis et dont la fortune peut être ébranlée.

D'une autre part, quant au présent, nous citerons et ne discuterons pas. Entre tous les faits déjà consommés à la suite de l'arrêt du 4 février 1856, et dont les praticiens pourraient rendre témoignage, en voici un dont nous avons personnellement connaissance. Dans un des arrondissements qui avoisinent Paris, un cultivateur marié a eu besoin d'emprunter, au mois de février dernier, peu de jours après l'arrêt de la Chambre civile, une somme de 2,000 francs, et une somme pareille au mois de mai suivant. Mais les fonds vont peu vers la propriété foncière; et il a fallu recourir à neuf bourses différentes pour réunir cette somme de 4,000 francs : trois prêteurs ont concouru à remplir le premier emprunt; six autres ont rempli le second. En cet état des faits, le notaire, dans un but d'économie, a fait deux

actes seulement; et de leur côté, les créanciers figurant à chaque acte se sont réunis pour présenter en double un bordereau collectif : il y avait ainsi un bordereau en double minute pour chaque acte.

Ceci posé, le nombre des inscriptions à prendre était indiqué, dans l'espèce, par une jurisprudence dont la Cour de cassation elle-même avait posé les bases dans un arrêt du 17 décembre 1845. Par cet arrêt, émané aussi de la Chambre civile, la Cour décide qu'il suffit d'un seul bordereau rédigé en double minute pour obtenir une inscription hypothécaire, quel que soit d'ailleurs le nombre des créanciers, et quoiqu'ils aient chacun une créance distincte, lorsque d'ailleurs ils figurent tous dans le même acte et que le débiteur leur a constitué une hypothèque commune sur le même immeuble[1]. En sorte qu'en appliquant les principes de l'arrêt aux inscriptions, on arrivait à ceci, dans l'espèce, que deux inscriptions collectives, une à raison de chaque acte, suffisaient à la garantie de tous les créanciers. Mais l'arrêt du 4 février 1856 s'est interposé. Or cet arrêt annule les inscriptions faites *accessoirement* à une autre inscription. Le conservateur en a conclu, d'abord, qu'il y avait lieu de diviser le contenu du bordereau pour former, sur les registres, autant d'inscriptions qu'il y avait de créanciers, ce qui du premier coup fesait monter le nombre des inscriptions de deux à neuf. Et puis (car ce n'est pas tout), comme chacun des neuf créanciers, dans l'espèce, était subrogé à l'hypothèque légale de la femme, le conservateur a conclu en outre de l'arrêt que neuf autres inscriptions étaient nécessaires, puisque l'hypothèque légale devait être inscrite séparément et distinctement de l'hypothèque conventionnelle. En fin de compte, le débiteur a dû subir les frais de dix-huit inscriptions, là où deux inscriptions étaient parfaitement suffisantes!

Et notons que, dans une certaine mesure, la prétention a été modérée; car en marchant sur les pas d'agents intéressés ou de logiciens rigoureux, les exigences pouvaient aller au delà. Par exemple, dans les campagnes, où le créancier est rarement capable de faire lui-même le bordereau, il y a des agents qu'on charge de ce soin, et ceux-ci supposent volontiers qu'il faut rédiger en double minute autant de bordereaux qu'il y a d'in-

[1] V. Rej. 17 décembre 1845 (Devill. et Car., 46, 1, 185).

scriptions. Cette supposition, qui là n'a sans doute d'autre fondement que le désir d'arriver à une augmentation de salaire, nous la voyons se produire ailleurs, et s'appuyer sur l'autorité du droit et de la logique. Ainsi M. Mourlon qui se prononce contre les inscriptions collectives, en ce qu'elles « ne mettent pas assez en lumière l'hypothèque légale et la subrogation qui en a été faite, » et encore en ce qu'elles sont dangereuses pour le lecteur inattentif, parce que « sous l'empire de l'idée que l'acte tout entier se rapporte à l'hypothèque conventionnelle décrite dans les premières lignes, il peut s'arrêter sans pousser sa lecture jusqu'au bout; » M. Mourlon condamne également les bordereaux collectifs. « Point d'inscription collective, dit-il; elle ne répondrait point à l'esprit de la loi. Et puisque deux inscriptions spéciales et distinctes sont absolument nécessaires, il va de soi qu'elles ne peuvent être prises que sur le vu et la présentation de deux bordereaux également distincts[1]. » Or appliquez ceci dans notre espèce, il faut deux bordereaux pour chaque inscription, et nous avons, avec les dix-huit inscriptions au lieu de deux, trente-six bordereaux au lieu de quatre!

Encore n'est-ce pas tout. Il y a en outre un autre système d'après lequel le créancier subrogé aurait deux formalités à remplir : l'une, d'inscrire, à son profit, l'hypothèque légale de la femme; l'autre, de mentionner la cession en marge de l'inscription; et les deux formalités seraient tellement liées entre elles que l'inscription serait le moyen d'arriver ensuite à la mention de la cession[2]. Et, dans ce système nouveau, il se trouve qu'au plus bas il y a à ajouter, dans notre espèce, aux trente-six bordereaux, deux autres bordereaux pour l'hypothèque légale; aux dix-huit inscriptions, une autre inscription pour cette même hypothèque légale; enfin, neuf mentions de subrogation. Et nous avons, en tout, trente-huit bordereaux, dix-neuf inscriptions, et neuf mentions de subrogation!

Nous aurons à revenir sur ces divers systèmes, dont le tort évident est d'aller contre le but de la loi, en ce que, conduisant à une complication nécessaire dans les états à délivrer sur le débiteur, ils peuvent troubler et embarrasser les tiers au lieu de les éclairer, et nuire ainsi à la publicité au lieu de la servir.

[1] V. *Revue pratique de droit français*, 1re année, p. 96.
[2] M. Troplong, *Comment. de la loi du 23 mars* 1855, nos 321 et 340.

Quant à présent, nous nous bornons à constater que, depuis l'arrêt du 4 février 1856, ces systèmes sont plus ou moins mis en action, et que, quelques efforts qui aient été faits[1] pour ramener aux données si simples et en même temps si exactes de l'arrêt du 17 décembre 1845, ces efforts raisonnés n'ont pu triompher de la tendance nouvelle trop bien justifiée par la crainte de voir une inscription tomber sous l'interdit que la Cour suprême a mis sur les inscriptions *accessoires*. Or, comme les complications énormes qu'engendrent ces divers systèmes, même le plus réservé d'eux tous, se traduisent en une augmentation de frais, augmentation insignifiante peut-être dans les affaires importantes, mais écrasante, à coup sûr, pour les petits prêts les plus nombreux après tout, et, à ce titre, les plus dignes de la protection de la loi, il s'ensuit qu'à tant de causes si fâcheuses qui paralysent déjà dans son action le propriétaire foncier, il faudra maintenant ajouter une cause de plus.

Ainsi le passé compromis; le présent et l'avenir surchargés de complications onéreuses; tels sont, dans le domaine des faits, les résultats immédiats de l'arrêt de 1856. Avions-nous raison de dire qu'il ne pourrait pas se maintenir dans la jurisprudence s'il devait être apprécié par ce côté seulement?

5. Si nous l'envisageons maintenant au point de vue des tendances genérales de la doctrine et même de la jurisprudence, il nous semble que ses chances ne sont pas meilleures.

Il y a eu un temps où tout ce qui touchait à la forme des inscriptions était traité avec une sévérité outrée, notamment par la jurisprudence de la Cour de cassation. Le système des nullités était exagéré; c'est à peine si la maxime romaine, *qui virgula cadit, causa cadit*, y suffisait. Grâce à l'effort des jurisconsultes, la jurisprudence s'est relâchée de ce rigorisme effrayant. M. le premier président Troplong, devançant les idées qui se sont généralisées depuis, a mis en thèse que « toutes les solennités » indiquées par le législateur pour l'inscription des hypothèques » ne sont que les moyens dont il se sert pour assurer la publi- » cité; » puis après avoir montré comment les Cours d'appel se sont coalisées en quelque sorte pour vaincre les scrupules exa-

[1] V. l'avis des chambres de Paris, de Lyon et de Strasbourg, dans les *Archives du notariat*, art. 2551, dans le *J. du not.*, n° 1125, et dans la brochure publiée par M. Ducruet. — V. aussi la circulaire du 17 avril 1856, publiée par les délégués des notaires.

gérés de la Cour suprême, et mettre de justes et d'équitables appréciations à la place de solutions marquées au coin d'une rigueur excessive, il s'est résumé dans cette formule que si l'inscription fait suffisamment connaître l'immeuble hypothéqué, le débiteur et le montant de la créance, il y a lieu de la tenir pour valable[1].

Ce sont ces idées qui ont prévalu, en 1841, dans l'enquête administrative provoquée sur les projets de réforme hypothécaire que le gouvernement préparait alors. Si la Cour de cassation parut revenir à ses anciennes tendances, disant que les formalités des inscriptions hypothécaires sont protectrices « et qu'il » serait plutôt nuisible qu'utile d'y faire des changements[2]; » d'un autre côté, vingt Cours d'appel, protestant là contre, se rangèrent à l'avis de M. Troplong[3]. Et, chose remarquable, la Cour d'Orléans elle-même, celle dont l'arrêt, rapporté plus haut, a été maintenu le 4 février 1856 par la Cour suprême, entrait dans cette voie plus résolument qu'aucune autre, lorsqu'elle disait entre autres choses : « La validité ou la nullité de l'inscription doit dépendre uniquement de la question de savoir si l'omission reprochée a ou non lésé un intérêt que la publicité devait éclairer. Tel est le dernier état de la jurisprudence[4]. »

Enfin, la réforme qui s'élaborait naguère au sein de l'Assemblée législative ne concluait pas autrement. Tous ceux qui y prirent part exprimaient, non point comme une idée nouvelle, mais comme un progrès déjà réalisé par la jurisprudence, la nécessité de s'attacher à l'esprit véritable de la loi et de ne considérer comme susceptibles d'entraîner nullité de l'inscription que les omissions pouvant nuire aux tiers « en leur célant plus ou moins la révélation de la créance, de l'hypothèque ou des immeubles sur lesquels elle serait établie[5]. » Et l'article 2151 du projet préparé pour la dernière lecture formulait cette pensée en disposant qu'aucune inscription ne pourrait être annulée

[1] V. M. Troplong, *Des priv. et hyp.*, nos 665 et suiv.

[2] V. les Documents publiés en 1841 par M. le garde des sceaux, t. II, p. 476.

[3] V. *ibid.*, p. 476 et suiv., les observations des Cours d'Agen, Aix, Amiens, Angers, Bastia, Bordeaux, Colmar, Dijon, Douai, Grenoble, Lyon, Metz, Montpellier, Nancy, Nîmes, Orléans, Paris, Pau, Poitiers, Riom, et les observations des Facultés de Dijon, Grenoble, Rennes.

[4] *Ibid.*, p. 523.

[5] V. notamment les rapports de M. Persil, p. 117, de M. Bethmont, p. 118, et de M. de Vatismenil, p. 90.

pour infraction aux dispositions de l'article 2148 lorsque les énonciations prescrites seraient remplacées par des énonciations équivalentes, et en ajoutant non-seulement que la nullité ne pourrait être demandée que par ceux auxquels l'infraction porterait préjudice, mais encore que les tribunaux seraient toujours libres, selon la nature et l'étendue du préjudice, d'annuler l'inscription ou d'en réduire l'effet.

Dira-t-on qu'il ne s'agit dans tout ceci que de l'inscription de l'hypothèque conventionnelle? Nous répondrons que les mêmes tendances ont dû se produire, et à bien plus forte raison, pour l'inscription de l'hypothèque légale, et même de la subrogation. Quant à l'hypothèque légale, elle conserve des créances sacrées; ceux qu'elle protége sont incapables de veiller par eux-mêmes à la conservation de leurs droits; rien ne peut leur être reproché des fautes ou des omissions qui se révéleraient dans l'inscription : et il est clair que ces fautes ou omissions, si elles impliquaient nécessairement nullité de l'inscription, tourneraient au profit du mari, du tuteur, ou de leurs représentants, c'est-à-dire qu'elles profiteraient à ceux-là même que la loi a chargés, les premiers, d'assurer aux incapables la conservation de leurs droits! Quant à la subrogation, la même observation peut être produite, et ce qui est vrai de l'hypothèque légale, est vrai aussi, dans une certaine mesure, de la subrogation. Car supposez que le créancier subrogé à l'hypothèque légale d'une femme soit évincé et ne prenne pas son rang dans les collocations, ce sont les créanciers du mari qui profitent, et l'intérêt de la femme est en réalité compromis, puisque la femme reste obligée envers celui qui n'a pu trouver son payement sur les biens du mari.

Aussi voyez quelle a été sur tout ceci la marche de la doctrine. Tel auteur, et notamment M. Persil, que n'effrayaient pas les premières rigueurs de la Cour suprême touchant l'inscription de l'hypothèque conventionnelle, et qui même approuvait toutes ces rigueurs, en vient, au contraire, à être tolérant, et jusqu'à l'exagération, lorsqu'il s'occupe de l'inscription de l'hypothèque légale, du moins de celle de la femme ou de celle du mineur. Il dit, par exemple, que s'il est vrai que lorsqu'un mari et un tuteur veulent prendre inscription sur leurs propres biens, ils soient obligés de suivre, dans les bordereaux, les formalités prescrites, il n'en est pas moins exact de pré-

tendre que l'omission, *même la plus essentielle*, ne saurait vicier l'hypothèque légale qu'ils veulent rendre publique, puisqu'elle est indépendante de toute inscription[1]. Sans aller jusque-là, sans adopter ce système dans tout ce qu'il a d'absolu, on peut dire, du moins, que l'omission des formes établies par l'article 2153 n'est susceptible d'entraîner nullité qu'autant que les tiers ne sont pas suffisamment prévenus que l'hypothèque légale grève les biens du mari. Et c'est à cela qu'aboutissent les tendances de la doctrine et de la jurisprudence[2].

Or ces tendances sont visiblement méconnues par l'arrêt du 4 février 1856; car lorsque, comme dans l'espèce sur laquelle il a été statué par l'arrêt, la subrogation à l'hypothèque légale est l'accessoire d'une hypothèque conventionnelle, lorsqu'elle est consentie pour plus de garantie et doit frapper les mêmes biens que l'hypothèque conventionnelle à laquelle elle se lie, est-ce que les créanciers auxquels ces garanties sont données ne prennent pas un moyen propre à les faire connaître en requérant inscription sur la représentation d'abord de l'acte même conférant l'hypothèque et la subrogation, ensuite de deux bordereaux contenant, outre les énonciations voulues, *mention de la subrogation dans l'hypothèque légale?* Est-ce qu'il n'est pas évident que les tiers sont suffisamment avertis par là que les biens sont grevés à la fois et de l'hypothèque conventionnelle directement et de l'hypothèque légale par subrogation? Et n'est-il pas vrai dès lors de dire *à priori* que l'arrêt qui, s'inspirant d'une sévérité exagérée, annule une inscription ainsi faite ou du moins en supprime la partie relative à la subrogation, introduit dans la jurisprudence un élément qui en détruit l'harmonie et en contredit les données générales?...

6. Mais ce ne sont là que des considérations secondaires; et quelque propres qu'elles soient assurément à consolider une solution acquise, elles ne seraient pas susceptibles, nous le reconnaissons, de la justifier à elles seules, et surtout de l'emporter sur les motifs sérieux de droit dont la solution contraire pourrait s'autoriser. Pourquoi donc la Cour de cassation a-t-elle annulé *les mentions de subrogation* dans l'espèce ci-dessus reproduite? A cet égard l'arrêt est assez peu explicite;

[1] V. M. Persil, *Régime hypothécaire*, t. II, art. 2153, n° 2.
[2] V. M. Benoît, *De la dot*, t. II, n° 43.

il se borne à exprimer que « la *simple mention* de subrogation dans l'hypothèque légale, *accessoirement* à une hypothèque conventionnelle, ne présente pas toutes les conditions voulues par la loi pour l'inscription de l'hypothèque légale elle-même et n'équipolle pas à cette inscription : » et, dans ces motifs si laconiques, nous ne voyons guère, pour notre part, qu'une pétition de principes. Mais l'induction leur a donné un sens ; c'est donc à l'induction qu'il se faut attacher.

7. L'arrêt rejette la mention de subrogation, c'est-à-dire l'inscription de l'hypothèque légale, en ce qu'elle est faite *accessoirement* à l'inscription de l'hypothèque conventionnelle ; donc, a-t-on dit, la Cour de cassation, condamnant en principe les *inscriptions collectives*, n'admet pas qu'un créancier ayant plusieurs hypothèques résultant du même titre, puisse rendre ces hypothèques publiques dans un seul bordereau, dans une seule inscription. — Si telle est, en effet, la portée de l'arrêt, rien, il faut le dire, n'est moins explicable, rien n'est plus contraire à l'esprit de la loi, rien, à l'occasion, n'est plus compromettant pour les tiers.

8. Et d'abord, la Chambre civile contredirait en ceci sa propre jurisprudence. A la vérité on a tiré argument d'un très-ancien arrêt, d'un arrêt du 15 décembre 1829, pour dire, au contraire, que déjà à cette époque la Cour de cassation jugeait ce qu'elle aurait décidé en 1856, à savoir que les mentions de subrogation sont nulles et non avenues lorsqu'elles sont faites cumulativement avec l'inscription de l'hypothèque conventionnelle[1]. A ceci nous n'avons qu'un mot à répondre : c'est que le rapprochement est on ne peut plus inexact. En se référant à l'arrêt de 1829, on voit qu'il s'agissait, dans l'espèce, non point de créanciers excipant d'une mention de subrogation faite dans l'inscription de leur hypothèque conventionnelle, mais de créanciers qui, déchus de leur rang à défaut de renouvellement de l'inscription, demandaient subsidiairement, *en vertu de l'inscription de l'hypothèque conventionnelle*, à exercer l'hypothèque légale de la femme de leur débiteur, qui elle-même était leur débitrice conjointement avec le mari. Et la Cour de cassation se borna à décider, ce qui est d'une évidence palpable, que l'inscription de l'hypothèque conventionnelle *seule* ne pouvait valoir, dans l'es-

[1] V. *Journal des conservateurs*, art. 1026 et 1091.

pèce, comme inscription de l'hypothèque légale. En quoi ce précédent peut-il intéresser le sort des inscriptions collectives?.... Il en est tout autrement de cet autre arrêt du 17 décembre 1845 que nous citions tout à l'heure. Il s'agissait bien réellement alors d'inscriptions collectives. La Cour de Besançon avait formellement déclaré « qu'en droit, la formalité de l'inscription des hypothèques a pour but de donner aux tiers connaissance de toutes les charges qui grèvent les immeubles, et que le but est suffisamment rempli, lorsque le bordereau d'inscription contient les énonciations voulues par la loi, *quel que soit d'ailleurs le nombre des créanciers d'un même débiteur compris dans le bordereau.* » Et la Cour de cassation, rejetant le pourvoi dont cette décision avait été l'objet, déclara de son côté, par son arrêt du 17 décembre 1845, qu'en le jugeant ainsi, la Cour de Besançon n'avait contrevenu ni aux dispositions de l'article 2148 ni à celles d'aucune autre loi. Ainsi les bordereaux collectifs, et partant les inscriptions collectives (puisque l'inscription ne doit être que la mention du contenu au bordereau), étaient bien en question dans cette circonstance; et l'arrêt de rejet du 17 décembre 1845 les a validées. En les annulant, au contraire, en principe, par cet autre rejet du 4 février 1856, la Cour de cassation se serait donc mise en opposition avec elle-même. C'est pour nous une première raison de douter de la vérité de cette induction qu'on a tirée des termes de l'arrêt.

9. Ensuite, et ceci est une autre raison de douter plus grave que la précédente, l'arrêt ainsi entendu se concilierait difficilement avec l'esprit de la loi. Et, à ce propos, nous nous demandons comment l'un des partisans les plus énergiques du prétendu principe posé dans l'arrêt, a pu dire, en défendant ce principe : « Y a-t-il dans nos lois rien qui *ait trait, de près ou de loin*, aux inscriptions collectives, à ce mélange d'hypothèques distinctes décrites cumulativement dans une inscription commune? *Et si ce mode de procéder n'a rien de légal, s'il est purement arbitraire*, pourquoi le suivre? N'est-il pas plus naturel de rester dans les termes de la loi [1]? » Il ne serait pas mal pourtant de nous dire où est la loi qui prescrit au créancier ayant des créances et des hypothèques distinctes sur le même bien de les décrire distinctement en autant d'inscriptions qu'il

[1] V. M. Mourlon, *Rev. prat. de droit franç.*, 1re année, p. 95.

y a de créances et d'hypothèques, et d'établir ainsi que ce créancier sort en effet des termes de la loi en les décrivant toutes dans une inscription commune. Il ne serait pas hors de propos non plus, nous le croyons, qu'on indiquât le texte qui, même lorsqu'il y a plusieurs créanciers sur le même débiteur, leur interdit, s'ils figurent dans le même acte, de réunir dans un seul bordereau tous leurs droits d'hypothèque. La vérité est que ce texte n'est écrit nulle part.

Mais il y a mieux; et s'il n'y a pas non plus, en sens inverse, de texte qui autorise directement et d'une manière expresse le mode de procéder par inscriptions collectives[1], il y en a du moins, et d'assez nombreux, qui le supposent autorisé. Nous rencontrons, en première ligne, le texte même de l'article 2148 du Code Napoléon. Cet article, en exigeant la représentation de deux bordereaux pour faire opérer l'inscription, permet au créancier de porter l'un de ces bordereaux sur l'expédition du titre, acte ou jugement, qui donne naissance à l'hypothèque: il suppose donc établie la faculté, pour le créancier, de requérir des inscriptions collectives par un seul bordereau également collectif, de décrire cumulativement des hypothèques distinctes dans une inscription commune, puisque le titre, avec lequel s'identifie le bordereau dont l'inscription est le résumé ou la reproduction, peut être complexe, contenir des chefs distincts et indépendants, créer en un mot des droits divers d'hypothèque, et que l'article 2148 ne distingue pas entre ce cas et celui où le titre serait propre à un seul créancier et ne créerait qu'une seule créance. Puis, comme si ce n'était pas assez de cette première donnée, le même article, énumérant les diverses énonciations que doit contenir le bordereau, dit qu'il comprendra « *le montant du capital* DES CRÉANCES *exprimées dans le titre ou évaluées par l'inscrivant:* » il confirme donc ou il suppose à nouveau la faculté indiquée, puisqu'il est impossible d'imaginer que celui qui peut comprendre plusieurs créances dans un même bordereau, dans une même inscription, n'y pourrait pas comprendre aussi toutes les hypothèques attachées à ces créances, surtout quand on songe que l'article a pour objet précisément de déterminer le mode d'inscription *des hypothèques*.

[1] Nous devons dire cependant que s'il n'y a pas de texte législatif, il y a du moins une circulaire ministérielle du 12 janvier 1813, écrite pour un cas particulier dont nous parlerons tout à l'heure.

Est-ce tout? Non, assurément. Car cette supposition, qui résulte avec évidence de la loi générale, nous la retrouvons encore dans des lois spéciales, dont quelques textes n'auraient pas de sens et seraient sans application, si la faculté de procéder par inscriptions collectives n'était pas présupposée. Telle est notamment la loi du 21 ventôse an VII, relative à l'organisation de la conservation des hypothèques, dont l'article 21 dispose qu'il « ne sera payé qu'un seul droit d'inscription *pour chaque créance, quel que soit d'ailleurs le nombre des créanciers requérants, et celui des débiteurs grevés.* » Tel est encore le tableau des salaires dus aux conservateurs des hypothèques, annexé au décret du 21 septembre 1810, et dont le n° 2, bien autrement explicite, alloue au conservateur le salaire d'un franc « *pour l'inscription* DE CHAQUE DROIT *d'hypothèque ou privilége, quel que soit le nombre des créanciers, si la formalité est requise* PAR LE MÊME BORDEREAU[1]. » Qu'est-ce à dire, sinon que le législateur suppose autorisée la réunion de plusieurs créances et de plusieurs hypothèques dans une seule inscription?...

Ceci montre qu'il y a une grande exagération dans le reproche d'illégalité fait au mode de procéder par inscription collective, et un peu d'oubli dans cette affirmation qu'il n'y a, dans nos lois, *rien qui ait trait de près ou de loin* à ce mode de procéder. Nous disons, au contraire, et nous prouvons que bien des textes ont trait directement à cela; et que ces textes, s'ils n'ont pas pour objet de créer ce mode de procéder par inscriptions collectives, sont assez clairs néanmoins pour qu'on y voie une manifestation complète de la pensée du législateur, assez précis pour qu'on y trouve la preuve que la faculté dont s'agit est regardée par la loi comme préétablie, assez expressifs, en tous cas, pour que la pratique s'y rassure et sans se préoccuper du reproche d'illégalité qu'on lui adresse d'une façon si soudaine, continue la tradition qu'un demi-siècle a consacrée.

[1] V. les Codes Tripier, p. 1365. — M. Baudot qui, dans la 3e édition de son *Traité des formalités hypothécaires* (t. I, p. 356), se prononce contre les inscriptions collectives, a cherché à concilier son système avec ce texte du décret de 1810, lequel, selon lui, n'autoriserait pas à réunir plusieurs hypothèques dans le même bordereau. Seulement, en indiquant la pensée de l'article, il a omis d'en reproduire les dernières expressions, qui, prévoyant précisément et expressément le cas où la formalité est requise *par le même bordereau*, rendent toute conciliation impossible.

Ces textes, d'ailleurs, l'administration en a reconnu la portée; car c'est sur leur autorité que le ministre des finances décide, par une circulaire du 12 janvier 1813 [1], encore en vigueur, qu'un créancier, ayant plusieurs créances sur le même débiteur, pourra les comprendre toutes dans une seule inscription, *alors même qu'elles résulteraient de titres différents*. Bien plus, la Cour de cassation elle-même s'en est inspirée, car elle les met tous en lumière dans son arrêt du 17 décembre 1845. Il est donc vrai qu'elle en aurait méconnu l'esprit, au contraire, par son arrêt du 4 février 1856, si la pensée réelle de ce dernier arrêt avait été de proscrire, *en principe*, les inscriptions collectives. Et n'aurions-nous pas raison alors de considérer cette impossibilité de concilier la décision ainsi entendue avec l'esprit de la loi comme un autre motif, plus grave encore que le premier, d'hésiter à suivre l'interprétation dans l'induction qu'elle tire des termes de l'arrêt?...

10. Et puis enfin, pourquoi et dans quel intérêt la Cour de cassation se serait-elle réformée? On a parlé beaucoup du besoin d'assurer la publicité : à un point de vue général, on a dit que cette publicité serait compromise, que la régularité et la clarté, si nécessaires dans les registres hypothécaires, y feraient place au désordre et à la confusion si des inscriptions collectives y étaient portées; et au point de vue particulier d'une subrogation mentionnée accessoirement à l'inscription d'une hypothèque conventionnelle, on a dit que l'hypothèque légale ne venant qu'au second rang, le lecteur inattentif, abusé par la pensée que tout l'acte se rapporte à l'hypothèque conventionnelle décrite dans les premières lignes, pourrait ne pas aller jusqu'au bout et être trompé [2]. Mais y a-t-on bien réfléchi? Et ces considérations, dont, au reste, il n'y a pas trace dans l'arrêt du 4 février 1856, expliqueraient-elles, plus que tout ce qui précède, le rejet, en principe, des inscriptions collectives? Non évidemment, car tout, dans ces considérations, va contre la justice ou contre la vérité.

Ce n'est pas sérieusement, en effet, qu'on peut signaler les inscriptions collectives comme devant produire nécessairement

[1] V. Hervieu, *Rés. de jurisp.*, v° *Bordereau*, n° 6. — Championnière et Rigaud, *Dict. des droits d'hyp.*, *eod. verb.*, n° 2.

[2] V. *suprà*, p. 111.

le désordre et la confusion. Tout ce qu'on pourrait dire, c'est qu'il ne serait pas toujours sans inconvénient de réunir en une seule inscription un nombre considérable de créanciers et de débiteurs. Il y a, dans la manutention hypothécaire, des nécessités auxquelles cette combinaison pourrait faire obstacle; dans une certaine mesure aussi la confusion en pourrait résulter. Toutefois, ce sont là des cas exceptionnels; et il faut dire que les créanciers ont ici un tel intérêt, eux qui seraient les premières victimes, qu'on peut bien s'en remettre à eux et demeurer convaincu que, soit par eux-mêmes, soit par l'influence de ceux dont ils prennent conseil, ils sauront bien diviser les inscriptions toutes les fois que la prudence commandera de le faire. Mais est-ce à dire qu'en thèse générale et dans les cas ordinaires, ils doivent le faire également? L'intérêt de la publicité exige-t-il d'eux qu'ils s'abstiennent de procéder par voie d'inscription collective? Consultons les faits; ils nous disent, au contraire, que bien mieux et plus sûrement que les inscriptions divisées, les inscriptions collectives, en thèse générale, satisfont au besoin de la publicité. Et par exemple reprenons ce fait, déjà cité, d'un emprunt de 4,000 francs constaté par deux actes, et auquel neuf prêteurs ont concouru, et demandons-nous si les tiers qui, pour connaître la situation de l'emprunteur, devront passer à travers les dix-huit inscriptions qu'il a fallu prendre, ne la verraient pas plus nettement et avec plus de certitude dans l'inscription unique qu'on avait voulu faire pour chacun des actes souscrits. La réponse ne saurait être douteuse. Et, en effet, comment pourrait-on hésiter? Voilà un état surchargé de dix-huit inscriptions; nous qui connaissons le fait et en savons toutes les circonstances, nous n'ignorons pas comment toutes ces inscriptions se divisent; nous savons qu'il y en a deux catégories, l'une de neuf inscriptions pour autant d'hypothèques conventionnelles, l'autre de neuf inscriptions encore pour autant de subrogations dans l'hypothèque légale; et nous pouvons nous rendre compte des diverses énonciations que comprendra l'état. Mais plaçons-nous dans la situation du tiers auquel l'état est délivré et qui peut ne pas savoir tout cela *à priori*. C'est par l'état délivré, par les énonciations contenues en cet état qu'il cherchera à connaître la position du débiteur. Et la verra-t-il avec certitude au milieu de ces inscriptions divisées et distinctes dans lesquelles il trouvera successivement repro-

duit, et à diverses reprises, le chiffre de la même créance? Son esprit pourra-t-il ne pas demeurer indécis sur le point de savoir s'il y a ou non identité dans les créances dont le chiffre se répète ainsi plus ou moins fréquemment? Au lieu de cela, supposez une inscription collective dans laquelle les inscrivants font constater que chacun d'eux a obtenu, pour sûreté de sa créance, d'abord, du mari, une hypothèque conventionnelle, ensuite, et par surcroît de garantie, une subrogation consentie par la femme dans son hypothèque légale, supposez cela, et tout est net; la situation du débiteur est établie sans équivoque possible; nul ne peut se méprendre ni s'empêcher de voir comment et dans quelle mesure les biens du débiteur sont grevés. Et les créanciers eux-mêmes ne trouvent-ils pas dans ce dernier mode de procéder un avantage incontestable? Que le débiteur aliène ou soit exproprié, et que le tiers acquéreur fasse des notifications, il n'y aura pour les créanciers aucune incertitude sur ce qu'ils ont intérêt à connaître, s'ils se sont réunis pour conserver leurs droits par une inscription commune. Au contraire s'ils se sont séparés, si chacun de son côté a assuré sa créance non-seulement par une inscription pour l'hypothèque conventionnelle, mais encore, s'il est subrogé à l'hypothèque légale, par une autre inscription pour cette dernière hypothèque, comme c'est le résumé de toutes les inscriptions, et seulement le *résumé*, qui est signifié à chacun d'eux en forme de tableau, il est clair qu'il leur est impossible absolument de reconnaître les chiffres qui font double emploi, et par là même de savoir exactement le rang de leur créance. — Voilà la vérité des choses; et c'est précisément parce que là se trouve la vérité que les notaires, dont l'expérience pratique est bien quelque chose, après tout, en cette matière, ont rejeté généralement et rejettent en principe la division des inscriptions.

A la vérité, il y a cette théorie de la *lecture inattentive*, à laquelle ils n'ont pas songé! Faut-il leur en faire un reproche? Non vraiment! Et comment auraient-ils prévu ce système incroyable qui, sous prétexte de protéger les tiers, sacrifie de la manière la plus inique des créanciers sérieux et légitimes, et permet aux premiers de se faire un titre de leur propre faute, de leur négligence, de leur inattention? Eh quoi! une inscription est produite dans laquelle sont révélées avec exactitude et sans réticences toutes les charges dont une propriété est gre-

vée; un tiers auquel l'état est délivré croit qu'il peut traiter avec le propriétaire, et il lui livre ses fonds; puis, quand l'expropriation et l'ordre étant venus, ce tiers, devenu créancier, s'aperçoit que sa créance, de date récente, est primée par une créance antérieure que révélait l'inscription qu'il a connue ou pu connaître en son entier, il lui suffirait, pour évincer le titulaire de cette créance ou pour avoir le pas sur lui, de venir dire qu'il a pris une connaissance incomplète de l'inscription, qu'il a été inattentif dans la lecture qu'il en a faite, qu'ayant commencé cette lecture il s'est dispensé de la continuer jusqu'au bout! Vraiment ceci n'a pas de nom. Où donc et dans quel principe de droit prend-on que la loi doive son secours à celui qui, libre d'agir et maître de ses droits, agit sans attention ni prudence, et compromet ses droits par sa légèreté et son étourderie? Qu'on recoure à la loi pour celui qui a été victime de surprises et de supercheries contre lesquelles rien n'a pu le défendre, cela se conçoit et c'est de toute justice; mais qu'on aille à elle encore et qu'on lui demande sa protection en faveur de celui qui, ayant en main tous les moyens de se protéger lui-même, les a négligés et n'a pas voulu prendre la peine d'aviser et de pourvoir, qu'on aille même jusqu'à demander cela au prix de rigueurs et de déchéances qu'il faudra appliquer à des créanciers sérieux auxquels, du reste, il n'y a à reprocher ni calculs insidieux ni manœuvres frauduleuses, c'est assurément une aberration inconcevable. Le sens intime et l'équité la plus vulgaire protestent là contre de la manière la plus énergique : ils disent que celui à qui tout est livré en une seule inscription pour qu'il en prenne connaissance, est reprochable si, par son fait et par inattention, il manque de tout voir; qu'il se trompe alors lui-même et n'est pas trompé; et que ne pouvant imputer qu'à lui seul, à sa propre négligence, l'erreur qu'il a commise, il ne saurait à aucun titre être reçu à prétendre qu'un autre que lui doit souffrir de cette erreur et en porter la responsabilité. Ceci aussi est l'expression de la vérité, comme c'est l'expression de la justice; et très-évidemment cette théorie si hasardée de la *lecture inattentive* n'infirme ni la valeur des inscriptions collectives, ni leur efficacité au point de vue de la publicité.

11. C'est tout ce que nous voulions dire à l'occasion de cette nullité prétendue des inscriptions collectives, induite, par le commentaire et l'interprétation, de ce mot *accessoirement* qui

s'est glissé dans l'arrêt du 4 février 1856. Toutes les considérations qui précèdent démontrent que si la Cour de cassation avait réellement entendu par là condamner en principe les inscriptions collectives, elle se serait mise en opposition avec elle-même, elle aurait méconnu l'esprit de la loi, et compromis dans son application le principe de la publicité en matière hypothécaire. Mais précisément parce que tout cela nous semble démontré, nous nous tenons en garde contre l'induction; et persuadé qu'on fait dire à l'arrêt du 4 février 1856 bien plus qu'il n'a voulu dire, nous aimons mieux voir dans le mot *accroissement* qui s'y trouve une expression écrite, non point en vue de consacrer un principe, mais seulement pour préciser et indiquer la forme extérieure dans laquelle se produisait au procès l'inscription dont il y avait à régler le sort. Toute la pensée de l'arrêt serait alors dans ce motif unique « que la simple » mention de subrogation ne présentant pas toutes les condi- » tions voulues par la loi pour l'inscription de l'hypothèque lé- » gale elle-même, ne saurait équipoller à cette inscription et la » remplacer. » C'est ce motif que nous avons maintenant à apprécier.

12. Ici encore le laconisme de l'arrêt livre à l'interprétation un champ dans lequel elle n'a pas manqué de se donner carrière. On a pu dire d'abord, en s'attachant au sens apparent du texte, que la Cour de cassation, considérant comme prescrites à peine de nullité les formalités indiquées dans l'article 2153 du Code Napoléon, n'aurait pas admis la possibilité de remplacer ces formalités par des équivalents. Toutefois c'est là une idée dans laquelle la réflexion ne permet pas qu'on persiste. Dans des circonstances nombreuses où il s'est agi de l'application de l'article 2148 relatif à l'hypothèque conventionnelle, la jurisprudence, et en particulier celle de la Cour suprême, prenant pour règle qu'il ne saurait y avoir nullité dès qu'il n'y a pas de dommage possible pour les tiers, a admis le système des équipollents : ainsi, dans un cas où l'inscription hypothécaire était critiquée en raison d'une erreur commise dans l'énonciation de la nature du titre, elle a dit que si les énonciations de l'inscription n'étaient pas régulières, *elles présentaient cependant une véritable équipollence*, et que l'erreur n'ayant pas empêché de reconnaître la nature de l'acte dans lequel l'hypothèque avait pris naissance, il n'y avait pas lieu de s'arrêter

aux critiques dont l'inscription était l'objet [1]; plus récemment, dans un cas où l'inscription était attaquée comme ne précisant pas suffisamment l'époque d'exigibilité de la créance, la jurisprudence a dit, d'une manière plus générale, qu'en ce qui concerne les formalités des inscriptions d'hypothèques conventionnelles, même les formalités qui doivent être considérées comme substantielles, *la loi n'en fait pas dépendre l'accomplissement de termes sacramentels, qu'en conséquence elles peuvent être suppléées par des indications équipollentes* [2]. Or la raison de décider est la même lorsqu'il s'agit de l'application de l'article 2153 relatif à l'hypothèque légale. Donc on ne saurait supposer que la jurisprudence voulût se montrer plus sévère pour l'accomplissement de formalités prescrites par ce dernier article qu'elle ne l'a été sur l'accomplissement de celles que prescrit l'article 2148. Et elle n'est pas plus sévère en effet : notre arrêt du 4 février 1856 lui-même en fournit la preuve; car dans cette espèce où les créanciers ayant agi par voie de mention de subrogation ont échoué devant un autre créancier qui, lui, avait fait inscrire l'hypothèque légale elle-même, l'arrêt, d'accord avec d'autres décisions auxquelles il est conforme en ce point [3], a validé l'inscription de l'hypothèque légale et lui a donné effet, bien que l'énonciation des reprises, qui est l'une des constatations prescrites par l'article 2153, n'y figurât que par équivalent. Le système des équipollents est donc admis pour les formalités de l'article 2153 comme il l'est pour celles de l'article 2148.

13. La question est dès lors de savoir si une *mention de subrogation* est ou n'est pas un équivalent de l'*inscription même* de l'hypothèque légale. Et pourquoi n'en serait-elle pas l'équivalent? C'est, dit-on, qu'une telle mention diffère de l'inscription même par les termes, par l'objet, par les énonciations. Voyons ce qu'il en est de tout cela.

14. La mention diffère de l'inscription *par les termes!* C'est très-évident *en fait :* il est certain que mention et inscription

[1] V. les arrêts de la Cour de cassation, des 6 juin 1810, 11 mars 1816, 16 mars et 2 août 1820, 26 juillet 1825.

[2] Req. 15 nov. 1852 et 8 mars 1853 (Devill. et Car., 52, 1, 793; 55, 2, 214).

[3] Notamment Req. 21 fév. 1849, et par analogie, Req. 11 avril 1854 (*ibid.*, 49, 1, 643, 55, 1, 297).

sont deux termes différents. Mais qu'en veut-on conclure *en droit?* Voudrait-on dire que le créancier satisfait moins à l'obligation qui lui est imposée de rendre son hypothèque publique en requérant le conservateur de la *mentionner* sur ses registres, qu'il ne le ferait en le requérant de l'*inscrire?* Nous n'entrevoyons pas quelle autre portée pourrait avoir l'observation. Mais alors, combien n'est-elle pas étrange! Voyez en effet. Non-seulement il n'y a pas, ainsi que la jurisprudence vient de nous le dire, des expressions sacramentelles pour l'accomplissement des formalités prescrites par la loi, mais encore les deux termes sur lesquels on paraît jouer dans le système que nous combattons, sont indistinctement employés par le législateur lui-même; car nous voyons que si les articles 2148 et 2153 disent que l'hypothèque sera *inscrite* sur les registres au moyen de bordereaux présentés par le créancier, d'un autre côté l'article 2150 dit aussi que le conservateur *fera mention* sur son registre du contenu aux bordereaux. Quoi qu'on en pense donc, le créancier se conforme à la loi en requérant *la mention;* et maintenant de ce que le conservateur, pour reproduire exactement en vue de sa responsabilité, a pris texte du bordereau pour dire qu'il *mentionne*, au lieu de prendre texte des articles 2148 et 2153 pour dire qu'il *inscrit*, conclura-t-on que la publicité y a perdu quelque chose? Ce serait vraiment puéril. Par où l'on voit qu'on n'arrive à rien qu'à une observation oiseuse et radicalement insignifiante en disant que, *par les termes*, la mention diffère de l'inscription.

15. Elle en diffère aussi, ajoute-t-on, *par son objet!* En quoi donc et comment? C'est, dit-on, que le créancier requérant demande la mention non point *de l'hypothèque*, mais de la *subrogation*, et n'a d'autre but que de manifester sa volonté de réclamer le bénéfice de cette subrogation. Ainsi parle la Cour d'Orléans dans la décision reproduite plus haut, et sur laquelle est intervenu notre arrêt de rejet du 4 février 1856[1]. A ceci la Cour de Bourges, avant de se rétracter, avait ajouté que cette manifestation de volonté par le subrogé est insuffisante si l'hypothèque elle-même n'est pas inscrite, parce qu'il est dans la nature des choses que le subrogé ne puisse être colloqué qu'au

[1] Cet avis est pleinement adopté par M. Steph. Cuénot dans l'annotation dont il fait suivre l'arrêt du 4 février 1856 au *J. du Palais*, 1856, 1, 449.

lieu et place du subrogeant, et dans le cas où celui-ci aurait eu droit à cette collocation [1].

Mais il faut s'entendre; aussi bien il y a ici, ce nous semble, un peu de subtilité et beaucoup de confusion.

Et d'abord, quant à l'observation de la Cour d'Orléans, un simple coup d'œil jeté sur quelques notions de droit en fera voir toute l'inexactitude. Ce n'est pas le cas ici d'apprécier la nature du droit transmis par la femme au créancier envers lequel elle s'oblige. Nous avons à rappeler seulement que dans l'état actuel de la jurisprudence, le créancier, en ce cas, est tenu pour *subrogé* aux droits de la femme. Cela étant, il faut bien donner à la subrogation ses effets juridiques. Or l'un de ces effets, et le plus direct assurément, est de mettre le subrogé au lieu et place du subrogeant, et de l'investir, en tout ou en partie, du droit de celui-ci : c'est la notion découlant de la subrogation, qui est précisément, selon la définition d'auteurs notables tant anciens que modernes, « une fiction par laquelle le créancier est censé avoir cédé ses droits à un tiers. » Donc, en même temps que le subrogé est *saisi* d'une partie des droits du subrogeant, celui-ci, de son côté, est dessaisi de cette même partie; ce n'est pas un droit nouveau qu'acquiert le subrogé; c'est l'ancien droit, l'ancienne hypothèque qui, sortie pour partie des mains du subrogeant, passe aux mains du subrogé pour devenir la propriété de ce dernier. Que suit-il de là? Que lorsque le subrogé requiert l'inscription ou la mention de ce droit, c'est l'hypothèque elle-même qu'il rend publique pour la partie qui lui en a été transmise. Seulement l'opération ici est complexe, au lieu d'être simple comme elle l'est lorsqu'elle est faite sur la réquisition du subrogeant; le subrogé, en effet, annonce d'une part qu'il existe une hypothèque, et, d'une autre part, que cette hypothèque lui a été cédée en tout ou en partie : ce sont là évidemment les deux faits que comprend l'idée complexe de subrogation, et que traduit l'inscription ou la mention de cette subrogation. Et l'on voit combien cette situation est méconnue dans le système de la Cour d'Orléans, et comment, en rétablissant la vérité des choses sur l'autorité des principes, il faut prendre le contre-pied des affirmations avancées par cette

[1] La Cour de Bourges s'exprimait ainsi dans son arrêt du 30 avril 1853, avant celui du 18 mars 1854, par lequel elle a réformé sa jurisprudence. V. *suprà*, p. 103, notes 1 et 2.

Cour, et dire que publier ou mentionner la subrogation n'est pas autre chose que mentionner ou publier l'hypothèque elle-même, et que manifester, par la mention, la volonté de réclamer le bénéfice de la subrogation, c'est faire précisément ce que fait le créancier en s'inscrivant, en ce qu'il manifeste aussi, par l'inscription, la volonté de réclamer le bénéfice de l'hypothèque.

Et quant à la Cour de Bourges qui, avant de se rétracter comme elle l'a fait avec très-juste raison, considérait cette manifestation de volonté comme insuffisante et non avenue, elle tombait dans une double méprise et faisait une double confusion.

D'une part, elle supposait que le subrogé ne peut être colloqué qu'au lieu et place du subrogeant, et en cela elle confondait visiblement l'hypothèse de la subrogation avec celle du sous-ordre, et tombait dans une méprise évidente; car, s'il est vrai de dire que le créancier du titulaire d'une inscription ne doit obtenir la collocation en sous-ordre qu'il demande qu'autant que son débiteur a eu droit à être colloqué lui-même dans l'ordre et y a obtenu un rang, il est faux, au contraire, et très-faux assurément de prétendre, lorsque le bénéfice d'une hypothèque est divisé, par exemple entre un cédant et un cessionnaire partiel ou entre un subrogeant et un subrogé pour partie, que les deux parts de créance sont absolument liées entre elles, et tellement solidaires que le propriétaire de l'une ne puisse pas, abstraction faite de ce que fait ou ne fait pas le propriétaire de l'autre, s'inscrire et conserver l'hypothèque pour la part qui lui appartient.

D'un autre côté, la Cour de Bourges supposait que le subrogé ne peut pas inscrire son droit si l'hypothèque elle-même n'est pas inscrite : et en cela elle tombait, par suite d'une appréciation inexacte ou incomplète des errements de la pratique, dans cette confusion contre laquelle nous avons essayé de prémunir le lecteur en commençant nos observations [1]; elle confondait les *mentions de subrogation* que la pratique introduisit, pour les hypothèques en général, comme moyen de parer aux inconvénients et aux embarras résultant de cette inscription que le subrogé prenait pour lui à l'origine indépendamment de celle qui préexistait au profit du subrogeant, avec cette autre *mention de subrogation* qui se maintint pour les subrogations dans

[1] V. *suprà*, p. 100, n° 2.

l'hypothèque légale spécialement, et qui n'avait pas à se rattacher à une inscription préexistante, puisque l'hypothèque légale pouvait n'être pas inscrite, et, en fait, n'était inscrite presque jamais.

Aujourd'hui, et en présence de la loi du 23 mars 1855, la supposition que nous relevons dans l'arrêt de la Cour de Bourges n'aura plus à se produire, puisque l'inscription séparée de la subrogation est désormais autorisée par l'article 9 de cette loi. Mais en ceci la loi nouvelle consacre ce moyen de publicité que l'usage, constamment suivi jusqu'à elle, avait introduit. Et, en droit, on s'explique difficilement que la Cour de Bourges en ait, un seul instant, suspecté la légalité; car enfin, on a vu constamment des cessionnaires renouveler en leur nom des inscriptions prises au profit de leurs cédants, sans que jamais cette mesure de sage prévoyance ait été l'objet d'une critique quelconque : or ce que le cessionnaire fait là par anticipation et pour une époque où l'inscription pourra ne plus exister, qu'y a-t-il d'impossible ou d'illégal à ce que le subrogé à une hypothèque légale le fasse à un moment où l'inscription de cette hypothèque n'existe pas encore?...

On le voit donc, les observations présentées tant par la Cour d'Orléans que par la Cour de Bourges ne sont rien moins que décisives : la thèse à établir était que la mention diffère de l'inscription par son objet; et loin que cette thèse soit établie, l'examen conduit à reconnaître que, sous le rapport de l'objet, il y a, au contraire, identité parfaite entre l'inscription et la mention.

16. Enfin diffèrent-elles *par les énonciations?* Ici nous rencontrons l'autorité de la Cour suprême, dont l'arrêt exprime précisément que *la simple mention de subrogation ne présente pas toutes les conditions voulues par la loi pour l'inscription de l'hypothèque légale elle-même.* Mais quelles sont ces conditions voulues par la loi que ne présente pas la mention de subrogation faite dans les circonstances où elle se produisait au procès? La Cour de cassation omet de le dire; et nous ne pouvons pas nous en étonner.

L'omission est très-grave assurément, quand on songe que ces expressions de l'arrêt en contiennent le motif unique. La question, en définitive, étant de savoir si la mention de subrogation faite dans les circonstances déterminées satisfait ou non aux conditions de la loi, il eût été bon, après avoir affirmé

qu'elle n'y satisfait pas (ce qui n'est, après tout, que résoudre la question par elle-même), d'ajouter quelques mots pour dire comment, pourquoi, en quels points les conditions de la loi se trouvent méconnues ou violées. Mais, d'un autre côté, cette raison des choses, cette justification que nous demandons à l'arrêt et que nous n'y voyons pas, était-il facile de l'y mettre dans le système que la Cour de cassation a embrassé? Pensons-y bien! Les conditions auxquelles l'arrêt fait allusion, ce sont assurément les énonciations prescrites par l'article 2153 du Code Napoléon. Or ces énonciations sont reproduites de celles qu'exige l'article 2148, et n'en sont qu'*une partie*. Et alors, quand la mention de subrogation accède à une inscription qui, elle, satisfait à *toutes* les conditions de l'article 2148, quand elle fait corps avec cette même inscription, il n'est pas aisé, cela se comprend, de justifier ce reproche qu'on lui fait de ne pas satisfaire *aux conditions de l'article* 2153, c'est-à-dire à quelques conditions formant *une partie* seulement *du tout* que l'article 2148 a coordonné et que l'on retrouve, sans aucun retranchement, dans l'inscription avec laquelle se confond la mention de subrogation.

C'est que, dans la vérité des choses, ce reproche est, en fait comme en droit, sans aucun fondement. Que dit l'article 2153? Que les droits d'hypothèque légale seront inscrits sur la représentation de deux bordereaux contenant seulement: 1° les nom, prénoms, profession et domicile réel du créancier, et le domicile qui sera par lui ou pour lui élu dans l'arrondissement; 2° les nom, prénoms, profession, domicile ou désignation précise du débiteur; 3° la nature des droits à conserver et le montant de leur valeur quant aux objets déterminés, sans être tenu de le fixer quant à ceux qui sont conditionnels, éventuels ou indéterminés. Eh bien! lorsque la subrogation à l'hypothèque légale est l'accessoire d'une stipulation d'hypothèque conventionnelle, lorsqu'elle se lie à cette hypothèque et doit frapper sur les mêmes biens, tous ces éléments de l'inscription sont contenus dans la mention de subrogation, et se retrouvent soit dans le texte même de la mention, soit dans les énonciations qu'elle emprunte à l'inscription de l'hypothèque conventionnelle avec laquelle elle est en relation intime et nécessaire.

Ainsi, la désignation du créancier et celle du débiteur, qui font l'objet des énonciations prescrites par les deux premiers nu-

méros de l'article 2153, s'y trouvent incontestablement. Elles y sont placées, si l'on veut, en tête de l'inscription, et avant ce qui a trait à la subrogation dans l'hypothèque légale. Mais que fait cela? Quand le texte dit que tel, ayant son domicile réel telle part, et faisant son élection de domicile telle autre part, requiert inscription de l'hypothèque conventionnelle qu'il a sur les biens de tel, son débiteur, et *en outre* mention de sa subrogation dans l'hypothèque légale, il n'est pas possible vraiment de diviser ces énonciations diverses, d'en briser l'ensemble et la corrélation, et parce qu'elles sont écrites en tête de l'inscription, d'en séparer la mention de subrogation pour les rattacher exclusivement à l'hypothèque conventionnelle. Ces énonciations sont communes évidemment aux deux hypothèques; l'inscrivant aurait pu les répéter sans doute pour la seconde après les avoir exprimées pour la première; mais la répétition, surabondante et oiseuse, n'eût rien fait pour la clarté d'une rédaction qui, en elle-même, est positive, certaine, assez précise pour rendre toute méprise impossible; et annuler l'une des deux inscriptions par cette seule raison que des énonciations déjà faites n'y ont pas été répétées, ce serait accorder bien plus qu'il ne convient au matérialisme de la forme, et faire tomber des droits légitimes devant de bien futiles motifs!

Ceci, du reste, n'est pas contesté d'une manière absolue, en ce qui concerne les deux premiers numéros de l'article 2153. On paraît admettre, relativement aux noms, prénoms, profession, domicile réel du créancier et du débiteur, qu'il suffit, pour la conservation des deux hypothèques, de placer l'énonciation en tête des bordereaux et de l'inscription. On ne fait de réserve que par rapport à l'élection de domicile qui doit être faite par le créancier ou pour lui. A cet égard on dit, sinon la Cour de cassation, qui, elle, ne précise rien dans son arrêt du 4 février 1856, au moins ceux qui en ont interprété ou commenté la solution, que l'élection de domicile, exprimée en tête de l'inscription, a trait exclusivement à l'hypothèque conventionnelle, et que l'énonciation n'en peut pas être rattachée à la mention de subrogation[1]. Mais que peut-il y avoir de sérieux dans cette distinction?

Et d'abord, l'élection de domicile, dans les inscriptions hy-

[1] V. l'arrêt de Bourges, du 30 avril 1853, et les observations de M. Leroux, au Cont. de l'Enreg., n° 10689, et de M. Cuénot, au *J. du Pal.*, 1856, 1, 449.

pothécaires, est-elle indispensable pour la validité de l'inscription? Ceci est déjà une question des plus controversées. La Cour de cassation, il est vrai, tient pour l'affirmative, et sa jurisprudence, sur ce point, s'est toujours maintenue invariable; mais la solution contraire a pour elle les décisions répétées de nombre de Cours impériales, l'opinion de la généralité, on pourrait dire presque de l'unanimité des auteurs, et l'assentiment de tous ceux à peu près qui ont concouru à la discussion des projets de réforme hypothécaire qui, à diverses époques, se sont produits en France [1] : en sorte qu'il est au moins fort douteux que l'omission complète de l'élection de domicile doive, en principe, entraîner nullité de l'inscription.

Mais allons plus loin, et supposons qu'il faille admettre la solution invariablement consacrée par la Cour suprême, il restera toujours à justifier la différence qu'on prétend établir entre l'énonciation relative à l'élection de domicile et celle des nom, prénoms, profession et domicile réel du créancier. Pourquoi, tandis que ces dernières énonciations, quoique faites une seule fois et en tête de l'inscription, paraissent suffisantes pour protéger les deux hypothèques, la première, au contraire, ne serait-elle applicable aux deux qu'à la condition d'être répétée? Selon les uns, c'est parce que l'élection de domicile faite dans l'inscription de l'hypothèque conventionnelle serait sans effet quand cette dernière inscription ne vient pas en ordre utile; selon d'autres, c'est parce qu'il ne suffit pas au créancier d'élire un domicile en ce qui le concerne, qu'il faut encore un domicile élu pour la femme, et qu'en tous cas il faut l'indication explicite d'un domicile pour l'exercice de l'hypothèque légale, domicile qui peut être tout autre pour cette hypothèque que pour l'hypothèque conventionnelle.

Qu'il nous soit permis de le dire, ces explications ne sont ni concluantes, ni même justes. — La première, outre qu'elle ne va pas directement au but, révèle une grave inexactitude; et nous nous bornerons, pour toute réfutation, à demander à ceux qui la présentent, s'ils pensent qu'un tiers acquéreur serait dispensé de notifier à un créancier parce que l'inscription prise

[1] V. les *Doc. hyp.* publiés en 1841, t. II, p. 478-495 : douze Cours impériales contre deux ont émis l'avis que l'élection de domicile n'est pas une formalité substantielle. — V. aussi les projets de 1849 et 1851; ils sont tous conçus dans le même sens.

par celui-ci ne viendrait pas en ordre utile. — La seconde est fondée sur une méprise et aboutit à une exagération. On y suppose que la femme, même après avoir consenti la subrogation à son hypothèque, reste saisie de sa créance dans son intégralité, d'où suivrait la nécessité d'une élection de domicile pour elle. Mais nous avons prouvé déjà que la subrogation a précisément pour effet de dessaisir le subrogeant de sa créance, dans la mesure des droits que le subrogé a eu en vue d'assurer, et que cette partie qui se détache de la créance sort des mains du subrogeant pour passer en celles du subrogé, dont elle devient la propriété. Ainsi le subrogé à l'hypothèque légale de la femme est lui-même *créancier* au lieu et place de la femme; en sorte que lorsqu'il fait élection de domicile *pour lui*, sans s'occuper en outre d'une élection de domicile pour la femme, ce qui, du reste, lui est absolument inutile, il satisfait pleinement à l'obligation que la loi impose quand elle dit qu'un domicile sera élu *par le créancier* ou *pour lui*. Maintenant, que, lorsqu'il s'agit d'une inscription ayant pour objet cumulativement une hypothèque conventionnelle et la subrogation à l'hypothèque légale, le domicile élu puisse n'être pas le même pour les deux hypothèques, nous le voulons bien, si telle est la volonté du créancier. Mais il faudra que cette volonté ait été manifestée. Et quand au lieu de le dire dans le bordereau par lui représenté pour faire opérer sa double inscription, il s'est borné à faire une seule élection de domicile, nous croyons qu'il faut voir là une manifestation de la volonté contraire, et reconnaître qu'il a entendu n'indiquer qu'un seul et même domicile pour l'exercice des deux hypothèques.

Il n'y a donc pas à distinguer entre les diverses énonciations requises par les deux premiers numéros de l'article 2153 : les unes comme les autres, elles sont contenues incontestablement dans la mention de subrogation faite accessoirement à l'inscription d'une hypothèque conventionnelle.

Quant à celles dont il est question au numéro troisième et dernier du même article, à celles qui ont pour objet la nature des droits à conserver et le montant de leur valeur, il est clair qu'elles se placeront dans le texte même de la mention de subrogation. C'est là naturellement, et non ailleurs, qu'en énonçant la somme pour laquelle il est subrogé, l'inscrivant exprimera que, jusqu'à concurrence de cette somme, il s'inscrit

pour les reprises, créances, droits matrimoniaux de la femme contre son mari. A ce sujet, nous le savons, s'élève une difficulté considérable qui même, en ce moment, préoccupe vivement les esprits : on est loin de s'accorder sur les termes dans lesquels l'énonciation doit être faite; on discute sur le point de savoir si une formule énonçant vaguement et d'une manière générale *les reprises*, *les créances ou les droits matrimoniaux* de la femme répond au vœu de la loi, ou s'il n'est pas indispensable, au contraire, de préciser et d'exprimer la *nature* des reprises et le *montant* de leur valeur. Nous reviendrons là-dessus tout à l'heure en traitant du mode à suivre pour l'inscription des subrogations, après la loi du 23 mars 1855 sur la Transcription. Quant à présent, la difficulté est hors de cause; il n'y a pas à s'en occuper. Toute la question ici est de savoir en quoi une simple mention de subrogation a pu paraître assez dissemblable de l'inscription de l'hypothèque légale elle-même, pour que la Cour de cassation se soit refusée, par son arrêt du 4 février 1856, à voir dans cette mention l'équivalent de l'inscription. Et sur ce point, il n'est besoin d'aucune discussion pour établir que ce n'est pas du moins dans les énonciations dont il est question au n° 3 de l'article 2153 que la Cour a trouvé la dissemblance. La preuve sort toute faite des circonstances de l'arrêt; il suffit, pour la voir, de rapprocher les mentions de subrogation et l'inscription entre lesquelles la lutte était engagée dans l'espèce. On y reconnaît que tous les créanciers subrogés, aussi bien celui qui a requis inscription de l'hypothèque légale que ceux qui ont procédé par voie de simple mention de subrogation, ont employé une formule à peu près identique pour énoncer les créances de la femme. Le rapprochement est décisif, d'autant plus que l'inscription a été validée par l'arrêt du 4 février 1856 : et bien que, par un motif que le laconisme de l'arrêt ne permet pas de saisir, les mentions de subrogation aient été annulées, au contraire, comme après tout ce motif ne peut avoir été pris des lacunes qui auraient été laissées dans l'énonciation des reprises, l'énonciation étant identique dans les mentions annulées et dans l'inscription validée, le fait reste pour attester que ce n'est pas non plus sous ce rapport que la mention de subrogation diffère de l'inscription.

17. Tout ceci posé, il est permis de dire, en concluant, que

le système des équipollents étant admis pour les formalités de l'article 2153, il n'y avait aucun motif sérieux de ne pas voir, dans la simple mention de subrogation, l'équivalent de l'inscription faite conformément à cet article. Si la première diffère de celle-ci par l'expression, ce qui est complétement indifférent, elle n'en reste pas moins identique avec elle, et au point de vue des énonciations, qui évidemment peuvent être pour l'une ce qu'elles doivent être pour l'autre; et au point de vue de l'objet qui, pour les deux, est un avertissement à donner aux tiers : on peut dire même que plus sûrement, et d'une manière plus explicite et plus complète que l'inscription, la mention de subrogation porte en elle cet avertissement, lorsqu'elle est accessoire à l'inscription d'une hypothèque conventionnelle grevant les mêmes biens que l'hypothèque légale à laquelle l'inscrivant est subrogé.

Il est regrettable assurément que la Cour suprême, sans tenir compte de cela, ait prononcé contre cette forme particulière de procéder une nullité qui, d'ailleurs, ne trouve son appui ou son explication ni dans un texte précis, ni même dans les principes généraux de la loi. Mais, le dirons-nous, peut-être cette sévérité est-elle rassurante par son excès même; et quand à toutes les raisons qui devaient défendre et protéger les mentions de subrogation, cet équivalent si parfait de l'inscription, nous ajoutons les titres que ce mode de procéder puise dans la pratique où il est né et dans laquelle il s'est maintenu constamment sans y rencontrer jamais une résistance sérieuse; quand, en outre, nous envisageons les conséquences funestes et les dangers que peut entraîner l'arrêt du 4 février 1856, nous ne pouvons nous empêcher de croire que cet arrêt ne dit pas le dernier mot de la Cour suprême, et que les inscriptions si nombreuses qui ont été faites par cette voie de la *simple mention* jusqu'à la loi du 23 mars 1855, ne sont pas irrévocablement condamnées.

Qu'adviendrait-il maintenant de celles qui seraient faites en cette forme après la loi nouvelle? Et plus généralement, comment et suivant quel mode les subrogations à l'hypothèque légale devront-elles être publiées désormais? Ceci est l'objet du paragraphe qui va suivre.

§ 2. — Du mode à suivre, d'après la loi du 23 mars 1855 sur la Transcription, pour l'inscription des subrogations à l'hypothèque légale.

18. A la différence du Code Napoléon, où nous ne voyons pas de disposition spéciale aux subrogations à l'hypothèque légale et au mode à suivre pour la conservation des droits résultant de ces subrogations, la loi du 23 mars 1855 contient un texte qui a trait directement à cela; c'est l'article 9, ainsi conçu: « Dans le cas où les femmes peuvent céder leur hypothèque » légale ou y renoncer, cette cession ou cette renonciation doit » être faite *par acte authentique*, et les cessionnaires n'en sont » saisis, à l'égard des tiers, *que par l'inscription de cette hypo-* » *thèque prise à leur profit, ou par la mention de la subrogation* » *en marge de l'inscription préexistante.* — Les dates des inscrip- » tions ou mentions déterminent l'ordre dans lequel ceux qui » ont obtenu des cessions ou renonciations exercent les droits » hypothécaires de la femme. »

Ce texte fait-il que désormais le créancier subrogé ne puisse plus pourvoir à la conservation de son droit par ces *réquisitions de mention* dont nous venons de parler, et qui, appréciées au point de vue des dispositions du Code Napoléon, nous ont paru complétement efficaces? Quelque graves et quelque nombreuses que soient les autorités sur lesquelles s'appuie la solution affirmative [1], nous sommes d'un avis différent. L'objet même de l'article 9, les précédents dans lesquels il a été incontestablement puisé, la comparaison de l'état ancien des choses avec celui qu'il a créé, sont autant d'éléments auxquels nous faisons appel dans l'intérêt de notre solution.

19. Pour qui veut voir dans une disposition législative autre chose que son expression littérale, il doit être évident que ce dont le législateur se préoccupe dans l'article 9 de la loi du 23 mars 1855, c'est l'*effet* et nullement le *mode* de l'inscription dont il parle. Que faut-il pour voir cela? Comparer l'état des choses établi par cet article avec celui qu'il a supprimé.

La loi nouvelle a trouvé la doctrine, sinon la jurisprudence, dans un état de très-vive controverse sur plusieurs des moyens à l'aide desquels la femme majeure à qui les stipulations de son

[1] V. MM. Troplong, *De la transcription*, nos 321, 340; — Mourlon, *Revue prat. de droit français*, p. 89; — *J. des not.*, art. 15733, 15751; — *J. des conserv.*, art. 1127; — *J. de l'enreg. et J. du notariat*, n° 1140.

contrat de mariage ne font point obstacle, cède son hypothèque légale ou est censée y renoncer au profit d'un tiers; elle commence par couper court à ces dissidences en exprimant que désormais la cession ou la renonciation devra être faite *par acte authentique*.

Après cela, et quand elle a ainsi précisé comment le droit doit être constaté, elle passe aux moyens de le consolider sur la tête de celui à qui il a été transmis, et d'en assurer la conservation et l'exercice. Ici la loi trouve établi un état de choses dans lequel la controverse se produit encore sur quelques points. Ainsi le créancier subrogé à l'hypothèque légale de la femme a eu toujours un intérêt puissant à faire connaître son droit, puisqu'à défaut de cela les immeubles pouvaient sortir, à son insu, des mains du mari, sans que, vis-à-vis de lui subrogé, les tiers acquéreurs fussent tenus en aucune manière. A cause de cela, il était d'usage, même avant la loi nouvelle, que le créancier inscrivît à son profit ou dans la mesure de son droit l'hypothèque légale de la femme. Toutefois il n'était pas obligé de le faire; et la jurisprudence, statuant d'après les principes du Code, tenait que, toutes choses étant entières, le créancier subrogé à l'hypothèque légale de la femme était, comme celle-ci, dispensé de s'inscrire; qu'entre les créanciers subrogés la préférence se réglait par la date des subrogations; et que les formalités de la purge indiquées par l'article 2194 avaient seules pour effet de mettre la femme et ses subrogés en demeure de prendre inscription: puis si l'inscription était requise alors, en temps utile, au nom de la femme, elle profitait à tous les subrogés dans l'ordre de leurs subrogations; mais il y avait difficulté et controverse lorsque l'inscription était prise par un subrogé en son nom, les uns prétendant qu'en ce cas l'inscription profitait seulement au subrogé qui l'avait requise, d'autres soutenant qu'elle profitait à ce subrogé et à la femme [1].

La loi nouvelle a mis un terme à ces difficultés en changeant

[1] Sur ce dernier point, la question, selon nous, aurait dû se résoudre par les termes mêmes de l'inscription, et par exemple il nous aurait paru difficile d'admettre, si l'inscription avait été faite par cette voie de la *mention de subrogation* dont nous nous occupons, qu'elle dût profiter à la femme lorsque les causes de la subrogation avaient cessé. Ceci, pour le dire en passant, fournit une considération nouvelle qui montre mieux encore la supériorité de ce mode de procéder; car de toutes les formes qui ont pu être em-

l'état même des choses. Elle a fait de cette faculté, qu'avait tout créancier subrogé, de prendre inscription à son profit, une condition nécessaire de la conservation de son droit, et à cette inscription, dont l'objet unique avait été jusqu'à elle de révéler l'existence des droits du subrogé, de les rendre publics, elle a assigné un double effet : d'un côté, celui d'opérer une sorte de saisine, en consolidant sur la tête du subrogé, à l'égard des tiers, la cession ou la renonciation faite à son profit; d'un autre côté, celui de fixer, en cas de concours de plusieurs cessions, l'ordre dans lequel tout créancier inscrit exercera les droits hypothécaires de la femme auxquels il a été subrogé.

Tout ceci montre bien, ce nous semble, que l'attention du législateur est tournée vers un intérêt unique, celui de déterminer l'*effet* de la formalité dont il exige l'accomplissement. Quant au *mode* suivant lequel cette formalité sera remplie, il n'en dit pas un mot; il laisse donc subsister, à cet égard, l'ancien état des choses. Et à ce point de vue, déjà, nous pouvons conclure que les réquisitions de mention sur les registres du conservateur étant suffisantes avant la loi nouvelle pour assurer la conservation du droit (nous le démontrons au paragraphe précédent), il n'y a pas de raison pour qu'elles ne soient pas suffisantes encore après la loi, et pour qu'elles ne produisent pas tout l'effet que cette loi assigne à la formalité.

20. Qu'oppose-t-on à cela? La lettre même de l'article 9, d'une part, en ce que l'article exige *une inscription*, et, d'une autre part, en ce que ses termes mêmes indiqueraient *que la mention ne peut être employée qu'en marge d'une inscription préexistante.*

La première partie de l'objection est désormais réfutée. Les principes propres à la subrogation nous ont montré déjà que la réquisition de *mention* n'est pas autre chose, au fond, que la réquisition d'*inscription* même (*suprà*, n° 15). Nous n'avons pas à revenir là-dessus, puisque la thèse repose sur des règles prises dans un ordre d'idées auquel la loi nouvelle ne touche par aucun côté.

Quant à la seconde partie de l'objection, c'est autre chose : nous la croyons fondée sur une équivoque dont l'historique de la loi et ses propres termes feront aisément raison.

ployées, il n'en est pas une qui n'ait soulevé de graves difficultés pour arriver à la radiation, toutes laissant subsister des doutes sur l'étendue des droits conservés.

Quoique nouvelle, la disposition contenue en l'article 9 de la loi du 23 mars 1855 n'est pas sans quelques précédents auxquels on puisse la rattacher. Nous la voyons découler très-directement des projets de réforme qui s'élaboraient en 1849 et 1851.

La pensée première des réformateurs avait été alors de soumettre les hypothèques légales à la règle commune de l'inscription; le projet du gouvernement était rédigé en ce sens. Dans ce système, on le conçoit, il n'y avait pas de mode préférable à celui de la *mention en marge de l'inscription* pour consolider la cession sur la tête du subrogé et donner son rang à celui-ci. Cela fut compris et par le gouvernement, dont le projet consacrait ce mode de procéder (art. 2127), et par l'Assemblée législative, dont le premier projet disait également (art. 2115) que le subrogé ne serait saisi de la cession à l'hypothèque légale « que par la mention faite en marge de l'inscription de la femme. »

Mais les choses se modifièrent bientôt : on entrevit les graves inconvénients qui pourraient résulter des inscriptions forcées; et, d'un autre côté, on sentit le danger et l'injustice qu'il y aurait à priver les mineurs et les femmes mariées d'un secours que la sagesse des siècles avait accordé à leur faiblesse ou à leur insuffisance : on comprit donc la nécessité de revenir aux principes du Code Napoléon, c'est-à-dire de maintenir l'hypothèque légale et de la laisser affranchie de l'inscription. Aussi voit-on qu'à la deuxième lecture le projet réparaissait avec un article 2130, où était reproduit, sous ce rapport, le principe posé dans l'article 2135 du Code Napoléon. Toutefois, on omit de faire, dans l'article 2115 de ce projet, une modification corrélative à celle que le principe venait de subir : la mention en marge de l'inscription y restait seule indiquée comme moyen de saisir le créancier subrogé. C'est ce que relevèrent les délégués des notaires dans un travail spécial où, en présentant une série d'amendements au projet en discussion, ils ne manquèrent pas de s'arrêter à l'article 2115, et de faire remarquer que l'hypothèque légale devant, par suite de la première délibération, rester dispensée d'inscription, il convenait de consacrer, en faveur des créanciers subrogés, le droit de requérir une inscription à leur profit. En conséquence, ils demandaient que cet article fût terminé par des mots : « ..... en marge de l'inscription de la femme, ou par une inscription directe à leur profit, » en

ajoutant, d'ailleurs, comme observation de pratique, que, dans l'usage, cette inscription était prise soit cumulativement avec l'hypothèque conventionnelle, soit séparément. Et la commission, traduisant cette pensée de la manière la plus complète, avait préparé, pour la troisième délibération, un article ainsi conçu : « La femme peut, par acte notarié, céder son hypothèque lé-
» gale, y subroger ou y renoncer en faveur d'un tiers, sous la
» restriction déterminée par l'article 2104. — Celui au profit
» duquel a été faite la cession, subrogation ou renonciation
» prévue par le paragraphe précédent, n'est saisi, à l'égard des
» tiers ayant des droits du chef de la femme, que par la *men-*
» *tion de ladite cession, subrogation ou renonciation, en marge*
» *de l'inscription de l'hypothèque légale, si elle a été prise; et, si*
» *cette inscription n'existe pas, par l'énonciation du droit qu'il*
» *tient de la femme, soit dans l'inscription de sa propre créance*
» *contre le mari, soit dans une inscription spéciale.* — Entre
» plusieurs ayants cause de la femme, la préférence est déter-
» minée par les dates des mentions ou inscriptions. » — Ainsi se trouvait modifié l'ancien article 2115 qui, dans le nouveau projet, était devenu l'article 2148.

Nous le demandons : si la rédaction ainsi préparée pour la troisième délibération sur la réforme de 1851 avait été reproduite littéralement dans la loi de 1855, n'est-il pas vrai que le point dont nous nous occupons ne pourrait même pas être mis en question? Cela est vrai assurément, puisque ce point est, dans la rédaction projetée en 1851, l'objet d'une solution directe et précise. Eh bien! justement, si l'article 9 de la loi du 23 mars 1855 ne reproduit pas littéralement cette rédaction, c'est du moins la pensée même qu'il en a voulu reproduire. En veut-on la preuve? Elle ressort de la discussion de l'article et de son économie même.

Pour la discussion, elle est tout entière dans quelques mots, soit de l'exposé des motifs, soit du rapport de la commission. Le rapport exprime, en effet, « que la loi nouvelle n'a pas eu pour but de modifier *en quoi que ce soit* la législation relative aux droits de la femme mariée en matière de cession ou de renonciation à une hypothèque légale; » et l'exposé des motifs, de son côté, constate que cette loi n'a eu pour but que de *sanctionner les dispositions qui, en* 1851, *avaient été accueillies d'un commun accord*, et que tout ce qu'on a voulu exiger, en ce qui

concerne les cessionnaires, *c'est la publicité de l'hypothèque*[1]. Or, ces observations ne montrent-elles pas bien que, loin d'innover en quoi que ce soit touchant la forme ou le mode à suivre pour les inscriptions destinées à rendre publiques les hypothèques auxquelles des créanciers seraient subrogés, on a, sur ce point, sanctionné purement et simplement l'état des choses préexistant, comme l'Assemblée législative se proposait de le faire, en 1851, sur l'autorité de cet usage constant qu'on lui avait fait connaître? C'est bien évident, puisque les rédacteurs de la loi signalent expressément ces projets de 1851, et s'y réfèrent.

Aussi, prenons le texte dans son économie même; il est significatif: car il faut le remarquer (c'est en ceci que réside l'équivoque sur laquelle repose le système que nous combattons), l'article 9 ne dit pas, comme on le suppose et comme il est nécessaire de le supposer dans ce système, que la subrogation sera rendue publique par *une inscription* ET par une mention en marge de l'inscription de l'hypothèque légale; mais, reprenant et reproduisant l'alternative que l'Assemblée législative avait posée dans l'article 2148 de son projet de 1851, il dispose que les cessionnaires seront saisis par *l'inscription* prise à leur profit, c'est-à-dire dans la mesure de leur créance, OU par la mention de la subrogation en marge de l'inscription préexistante.

Ne dites donc pas que rien, pas même la mention faite dans l'inscription de l'hypothèque conventionnelle, ne peut suppléer cette mention en marge de l'inscription de la femme qu'exige la loi[2]. Car, en cela, vous détruisez l'économie de la loi, puisque vous faites une disposition dirimante et exclusive, une disposition absolue et régissant tous les cas, de ce qui, dans son esprit comme dans son texte, n'est que l'un des côtés, et même le côté secondaire, de l'alternative qu'elle présente.

Ne dites pas non plus que désormais le subrogé aura deux formalités à remplir, deux formalités tellement liées entre elles, que la première, qui consiste dans l'inscription à prendre par le

[1] V. M. Rivière, p. 117, 136, 149.

[2] C'est le langage de M. Mourlon (*loc. cit.*) qui, du reste, en s'exprimant ainsi, laisse échapper cet aveu que la mention dans l'inscription de l'hypothèque conventionnelle *peut suffire à la publicité*. Il n'en faut pas demander davantage, selon nous, pour la condamnation du système, puisque, dans la pensée de la loi, c'est précisément à cette publicité, émanant du registre du conservateur, et quel que soit le mode à l'aide duquel elle se produit, que ont attachés les effets déterminés par l'article 9 de la loi (*infrà*, p. 143).

subrogé à son profit, serait le moyen de parvenir à la seconde, consistant dans la mention de la cession en marge de l'inscription de la femme[1]; car, ainsi que la précédente, cette opinion va au delà des termes de la loi, puisqu'en supprimant aussi l'alternative qui est la pensée même de l'article 9, elle réunit les deux formalités que cet article a séparées, et suppose qu'elles doivent être remplies cumulativement quand elles sont indiquées l'une et l'autre distinctement et pour deux hypothèses différentes. Elle a, de plus, ceci de particulièrement exagéré que, prise en son entier, elle conduit à l'obligation, pour le cessionnaire, d'inscrire non-seulement sa subrogation, mais encore, en double emploi, l'hypothèque légale de la femme, dans le cas où l'inscription n'aurait pas été prise au nom de celle-ci : ce qui est l'interdit mis sur tous les biens du mari dans l'intérêt, non plus de la femme, mais d'un subrogé, et souvent pour une somme de peu d'importance!

Laissons donc à l'écart ces théories qui s'éloignent manifestement de la pensée du législateur, et venons au texte pour y voir ce qui s'y trouve en réalité. Or qu'y a-t-il? Encore une fois, il y a une alternative. La loi s'inspirant, comme ses rédacteurs en ont fait la déclaration expresse, aux doctrines qu'une discussion appuyée sur les données de la pratique faisait prévaloir, en 1851, devant l'Assemblée législative, emprunte au projet préparé pour la troisième délibération cet article 2148 dont nous avons rappelé les termes, et à l'exemple de cet article elle distingue deux cas, avec cette seule modification que se plaçant mieux dans la vérité des faits, elle prend l'ordre inverse de celui qui avait été suivi par la commission de l'Assemblée législative, et place au premier rang, pour s'y attacher d'une manière principale, celui des deux cas qui se produit le plus habituellement. Ou bien, dit-elle, l'hypothèque légale de la femme n'a pas été inscrite, ou bien l'inscription a été déjà requise au nom de celle-ci. Si l'inscription a été requise, si elle existe déjà (hypothèse exceptionnelle en matière d'hypothèque légale, et que, par ce motif même, la loi devait faire passer au second rang), il suffira, pour que le cessionnaire soit saisi à l'égard des tiers, qu'il fasse mention de sa subrogation en marge de cette inscription préexistante; voilà pour l'une des deux hypothèses de la loi, celle qui exclusivement doit donner lieu à

[1] C'est la théorie de M. Troplong (*De la transcription*, nos 321, 340).

la mention *en marge*, sauf, néanmoins, le droit pour le créancier de prendre une inscription à son profit, même dans ce cas[1]. Mais si l'hypothèque légale n'est pas inscrite (ce qui est le cas ordinaire, et que dès lors il fallait mettre sur le premier plan), alors le subrogé en requerra l'*inscription à son profit*. Qu'est-ce à dire? Serait-ce que le subrogé devra faire cette inscription en la forme sacramentelle de l'article 2153 du Code Napoléon? Nullement; ceci toucherait à la forme, et, nous l'avons montré déjà, l'article 9 s'occupe de l'*effet* de l'inscription; il ne s'occupe pas, directement du moins, de la forme, du mode de l'inscription. Qu'a donc voulu dire l'article 9? Que le subrogé *devra donner à l'hypothèque légale la publicité qu'elle n'a pas reçue*. L'article 9 a voulu dire cela; il n'a voulu dire rien de plus: et si quelques doutes pouvaient exister à cet égard, ils s'effaceraient devant cette énonciation si expressive de l'Exposé des motifs « que tout ce qu'on a voulu exiger, en ce qui concerne les cessionnaires, *c'est la publicité de l'hypothèque*. » Or cette publicité, la seule chose qu'on ait demandé au cessionnaire, est-ce qu'elle ne peut résulter que d'une inscription prise en la forme de l'article 2153 du Code Napoléon? Il serait déraisonnable de le soutenir. L'hypothèque devient publique dès que les registres du conservateur la portent à la connaissance des tiers, quel que soit le mode à l'aide duquel on a obtenu ce résultat; et comme l'inscription par voie de mention *sur les registres* suffit à le procurer, il faut dire que c'est se placer dans les termes mêmes de la loi que donner à ces sortes de mentions les effets qu'elle attache à l'inscription!

21. Ainsi, même après la loi du 23 mars 1855, l'inscription, en la forme d'une simple mention sur les registres du conservateur, pourvu d'ailleurs qu'elle présente toutes les énonciations nécessaires et que nous indiquerons tout à l'heure, est irréprochable et n'a rien perdu de son efficacité.

Nous en concluons qu'un créancier pourrait requérir cette mention par un bordereau séparé, et que l'inscription, séparée aussi, qui, en reproduisant le contenu au bordereau, porterait que le créancier a requis mention *sur les registres* de la subro-

[1] Ce droit, que ne comprenait pas la rédaction de l'Assemblée législative, mais que comporte la rédaction plus large de la loi nouvelle, doit être laissé au créancier; car il peut ignorer si l'hypothèque légale est inscrite, ou encore cette hypothèque peut être inscrite irrégulièrement, auquel cas son droit serait perdu, s'il n'avait d'autre moyen de la conserver que celui de la mention.

gation à lui consentie, saisirait le créancier et conserverait l'hypothèque légale à son profit dans la mesure de sa subrogation.

22. Et nous en concluons aussi que la réquisition de mention ne serait ni moins valable ni moins efficiente si elle était faite accessoirement à l'inscription, par le créancier, de l'hypothèque conventionnelle qui lui aurait été concédée par le mari.

Ajoutons que dans ce cas il n'appartiendrait pas au conservateur de diviser le bordereau à lui représenté et de prendre sur ses registres deux inscriptions séparées. Outre qu'en agissant ainsi, le conservateur engagerait gravement sa responsabilité, en ce que, en cas d'erreur dans l'une ou l'autre inscription, l'erreur lui serait nécessairement imputable, puisqu'il ne se serait pas conformé à la réquisition, il excéderait aussi ses pouvoirs et sortirait du rôle qui lui est fait par la loi. Sans doute il ne faut pas aller jusqu'à dire que le conservateur doit reproduire sur ses registres la copie entière du bordereau; l'article 2150 du Code Napoléon lui laisse la faculté d'employer des formules abréviatives. Mais « son rôle est passif, selon l'expression de M. le premier président Troplong; et son ministère se borne à reproduire fidèlement sur ses registres les énonciations contenues dans le bordereau [1]. » Or il n'est plus ni dans son rôle ni dans son ministère lorsqu'au lieu de reproduire les énonciations du bordereau, sauf à les abréger, il prend deux inscriptions sur un bordereau qui a été représenté pour en faire opérer une seule; à vrai dire, c'est lui-même qui rédige, alors, les inscriptions: et en cela il s'écarte de son devoir en même temps qu'il méconnaît les instructions de l'administration supérieure.

23. Mais ce que le conservateur ne peut pas faire lui-même, le créancier requérant l'inscription le pourrait faire assurément.

Ainsi, le créancier, dont la créance est garantie à la fois par une hypothèque conventionnelle et par une subrogation à l'hypothèque légale de la femme, peut incontestablement, en représentant un bordereau collectif, requérir que le conservateur fasse distinctement l'inscription de l'hypothèque conventionnelle et l'inscription de l'hypothèque légale en tant que cette hypothèque profite à l'inscrivant. C'est même cette forme qu'adoptent aujourd'hui plusieurs Chambres de notaires, notamment celles de Paris, de Lyon, de Strasbourg, et les délé-

[1] M. Troplong, *Des priv. et hyp.*, n° 694.

gués des notaires, après avoir appuyé les mentions requises accessoirement à l'hypothèque conventionnelle[1]. Est-ce un recul? Est-ce un aveu par lequel on entendrait reconnaître la nullité de ces inscriptions ou mentions accessoires? Il se peut qu'on y voudra voir cela. Pour nous, nous pensons ne pas nous tromper en affirmant qu'il y a là tout bonnement une mesure de prudence, et que les craintes inspirées par l'arrêt du 4 février 1856 ont seules déterminé à conseiller une forme nouvelle à la place de celle que ses avantages incontestables avaient fait préférer.

24. Dans tous les cas, et en quelque forme qu'il procède, le créancier subrogé à l'hypothèque légale doit avoir soin de n'omettre aucune des énonciations nécessaires : la mention ou l'inscription qu'il aura requise ne peut être valable et efficace qu'à ce prix. Mais quelles sont les énonciations nécessaires? Nous avons présenté déjà sur ce point des observations que nous maintenons ici (*suprà*, n° 16) et auxquelles nous nous référerions sans y rien ajouter, si quelques modifications résultant de la loi nouvelle et quelques controverses (soulevées d'ailleurs bien à tort) sur le mode suivant lequel certaines énonciations doivent être faites, et la précision qu'il convient d'y mettre, ne nous obligeaient à entrer dans des explications complémentaires.

25. Il s'agit ici d'une hypothèque légale : la forme de l'inscription, quant aux énonciations du bordereau et de l'inscription, était donc déterminée, avant la loi nouvelle, par l'article 2153 du Code Napoléon : l'inscription ou la mention de subrogation était régulière et complète dès qu'on y trouvait les énonciations prescrites par cette disposition. Ce ne serait pas assez aujourd'hui; il faut, en outre, qu'elle contienne l'énonciation du titre du subrogé et celle du montant de la créance. C'est là une *conséquence* de la loi nouvelle; et, bien à tort, selon nous, d'autres, en admettant aussi la nécessité de ces énonciations complémentaires, ont cherché à la justifier par les articles 2148 et 2153. S'il n'y avait que ces textes à opposer au créancier qui aurait omis de faire connaître, dans la mention ou dans l'inscription, son titre et le montant de la créance, le droit du subrogé ne courrait pas le risque d'être atteint. Ces textes seraient écartés par des raisons décisives. Au dernier, dans

[1] V. *suprà*, au n° 4, et notamment p. 112 et la note.

lequel se trouve la règle à suivre, puisqu'il s'agit d'hypothèque légale, le subrogé répondrait que parmi les énonciations exigées ne figurent ni celle du titre ni celle du montant de la créance; et quant à l'article 2148 il en repousserait l'application d'une part, en ce que s'agissant pour lui d'une *hypothèque légale*, il n'a pas eu à s'occuper des prescriptions de cet article qui est spécial à l'inscription de *l'hypothèque conventionnelle;* et d'une autre part en ce que, de l'aveu de tous, même de ceux qui considèrent l'énonciation du titre comme substantielle dans l'inscription de l'hypothèque conventionnelle, le titre dont il est question à l'article 2148 s'entend du titre originaire, constitutif de l'hypothèque, et nullement du *titre translatif* de cette hypothèque à un cessionnaire; en sorte que ce dernier titre ayant pu, sans danger pour l'inscription, n'être pas énoncé, sous le Code Napoléon, quand il s'agissait de l'hypothèque conventionnelle, a pu, sans danger également, et à plus forte raison, n'être pas énoncé quand il s'agissait de l'hypothèque légale. Mais le danger réel, la nullité de l'inscription ou de la mention, viendraient aujourd'hui de la loi du 23 mars 1855 : non pas que cette loi ait dit expressément que désormais le créancier subrogé à l'hypothèque légale aurait à faire connaître son titre et le montant de la créance (car cela touche à la forme, et encore une fois la loi nouvelle ne s'occupe pas de la forme directement), mais parce que c'est la conséquence naturelle et nécessaire de la situation nouvelle que la loi a créée. Cette inscription ou cette mention, qui, avant la loi du 23 mars 1855, était exclusivement un instrument de publicité, la loi en a fait, en outre, une condition nécessaire de la transmission, de la consolidation du droit, au regard des tiers, sur la tête du cessionnaire. L'inscription ou la mention opère ainsi une sorte de saisine; elle est précisément ce qu'est, dans les transports, la signification faite au débiteur. Comment donc se pourrait-il que cette saisine, qui est dans la prévision de la loi, s'opérât; comment se pourrait-il que ce cessionnaire devînt propriétaire même à l'égard des tiers sans qu'on portât à leur connaissance et le titre de ce cessionnaire et le montant de la créance?....

26. Quant au mode à suivre pour faire les énonciations prescrites, il n'y a pas de difficulté, si ce n'est en ce qui concerne l'énonciation exigée par le n° 3 de l'article 2153 du Code Napoléon, c'est-à-dire l'énonciation des reprises à conserver. Et

encore sur ce point, peut-on dire qu'il y ait une difficulté bien sérieuse? Nous ne le croyons pas.

L'article 2153 exige, on le sait, que les bordereaux représentés à l'effet de faire inscrire les droits d'hypothèque purement légale, contiennent : « ..... 3° La nature des droits à conserver, et le montant de leur valeur *quant aux objets déterminés*, sans être tenu de le fixer quant à ceux qui sont conditionnels, éventuels ou indéterminés. »

Telle est la disposition de la loi : et en s'attachant à ces mots « quant aux objets déterminés, » quelques auteurs, dans ces derniers temps surtout, affirment que ce ne serait pas assez pour le subrogé à une hypothèque légale, lorsqu'il requiert l'inscription ou la mention, d'énoncer la somme pour laquelle il est subrogé en ajoutant que jusqu'à concurrence de cette somme, il requiert inscription à son profit pour les *reprises, créances* et *droits matrimoniaux* de la femme contre son mari; mais qu'il faut de toute nécessité qu'il énonce le montant et la cause des reprises *déterminées* au moment où l'inscription est requise; qu'il en donne le détail article par article, chiffre par chiffre : tant pour la dot, tant pour telle succession échue, tant pour telle indemnité, etc. Voilà la prétention. Il y aurait beaucoup à dire, et nous serions entraîné assurément à des développements sans mesure si nous avions à relever les erreurs et les contradictions dans lesquelles sont tombés les défenseurs les plus énergiques de cette grande exagération. Mais cela ne nous semble pas nécessaire; l'exagération tombera d'elle-même, pensons-nous, quand nous aurons vu ce qu'a dit la loi, et ce que, telle ou telle situation étant donnée, elle a pu raisonnablement vouloir dire.

On remarquera tout d'abord que l'article 2153 du Code Napoléon est une disposition générale embrassant à la fois toutes les hypothèques légales, et par conséquent avec celle de la femme mariée, celle des mineurs ou interdits, et celles de l'État, des communes et des établissements publics. Il faut donc en interpréter le texte d'une manière relative, c'est-à-dire qu'il en faut mettre l'application en rapport avec la nature de l'hypothèque qu'il s'agit spécialement d'inscrire. C'est là une règle nécessaire d'interprétation, et l'administration elle-même paraît l'admettre, car nous trouvons une instruction de la régie, qu'on exécute encore aujourd'hui, et qui prescrit aux agents du Gouvernement

de ne jamais prendre d'hypothèques légales pour une somme fixe sur les comptables et de les prendre toujours pour une somme indéterminée [1]. Or il s'agit pour nous de l'hypothèque légale de la femme, et de l'inscription de cette hypothèque par un créancier qui y a été subrogé. Voyons donc, cela étant donné, dans quel sens et dans quelle mesure la disposition de l'article 2153 doit être appliquée. Ici nous demanderons, avant tout, leurs propres inspirations aux rédacteurs mêmes de la loi.

La loi du 11 brumaire an VII, à laquelle on voudrait rattacher le système que nous combattons et qui cependant ne le justifie en aucune manière, puisqu'elle présentait uniquement dans ses articles 17 et 21 une énumération dont l'article 2153 donne la reproduction fidèle quoique abrégée; la loi du 11 brumaire an VII soumettait l'hypothèque légale de la femme comme celle des autres créanciers à la formalité de l'inscription. Ce fut aussi le parti que prit la Cour de cassation dans les observations par elle présentées sur le projet du Code Napoléon. Rigoureuse jusqu'à l'excès, la Cour de cassation voulait même que le sort de l'hypothèque légale de la femme dépendît de l'indication et de la fixation, dans l'inscription, du montant des reprises, du moins de celles que la femme est réputée connaître, mais qu'en fait elle ne connaît presque jamais, et qu'elle ignore surtout quand elle se trouve vis-à-vis d'un mari dissipateur, qui, en raison de sa dissipation même, a intérêt à tout dissimuler. En sorte que la pensée rigoureuse de la Cour suprême tournait contre la femme précisément dans le cas où elle était le moins en position d'agir, et que c'est quand le secours de l'hypothèque légale lui eût été le plus nécessaire que la Cour de cassation la mettait hors d'état de se l'assurer.

Cette inconséquence et les dangers qui en résultaient pour la femme n'échappèrent pas aux rédacteurs de la loi. Et, en effet, quand la discussion s'ouvrit sur ce point au conseil d'État, le système fut combattu de toutes parts et tomba devant un accord unanime. « C'est contre le mari dissipateur, dit-on d'un côté, que l'hypothèque légale est établie : or un tel mari se gardera bien de prévenir son épouse des changements qui seront survenus dans sa fortune. Que si la femme le découvre par quelque autre moyen, il lui est bien difficile d'en tirer avantage, n'ayant

[1] Instruct. du 22 juillet 1809 (Sirey, 10, 2, 326).

pas sous la main son titre.... Supposons cependant, contre toute vraisemblance, que l'inscription puisse être prise; comment la spécialiser? *Les reprises des femmes sont indéterminées....* » D'un autre côté, on ajoutait : « Il faudrait donc un procès pour fixer le montant des reprises.... Quelque moyen qu'on imagine, on n'en trouvera aucun de sûr, ou plutôt on finira par reconnaître que les hypothèques légales *sont essentiellement indéterminées, et que si on leur ôtait ce caractère elles deviendraient inutiles.* » Un autre disait encore : « Quand on n'inscrirait pas la quotité des reprises de la femme.... c'est toujours beaucoup faire pour le public que de lui apprendre qu'un particulier, comme mari, est responsable sur ses biens. *On ne désire pas obtenir un autre effet de l'inscription d'hypothèques indéterminées.* » Enfin le premier consul, prenant la discussion dans son ensemble et la résumant dans une observation où se montrent le sentiment du droit et la perspicacité qui lui étaient propres, dit à son tour pour clore le débat : « *L'inscription des hypothèques légales ne doit être qu'une simple formalité*, et non une condition nécessaire pour en assurer l'effet.... Il faut faire céder la sûreté d'un majeur qui prête ou qui acquiert à celui de la femme et du mineur. » Et le conseil d'État vota en effet « qu'en principe la sûreté de la femme et du mineur doit être préférée à celle des acquéreurs et des prêteurs[1]. »

Il y a, dans cette discussion, autre chose que le rejet de la théorie si rigoureuse que le projet de la Cour de cassation avait formulée; il y a aussi l'explication de l'article 2153 sur le point qui nous occupe, et c'est à ce titre que nous y avons insisté. Or on y voit que dans la pensée de tous, l'hypothèque légale est *essentiellement indéterminée;* que tant que dure le mariage ou plutôt l'administration du mari, la femme est dans l'impossibilité de connaître ses reprises, même ses reprises déterminées, et qu'il faudrait un procès pour les fixer; enfin que l'inscription, *simple formalité,* suffisant *pour faire connaître l'existence de l'hypothèque légale,* ce qui est le seul effet qu'on désire en obtenir, doit, par cela même, faire préférer la sûreté de la femme à celle des tiers.

Il n'en faudrait pas davantage assurément pour se fixer sur l'application du n° 3 de l'article 2153 eu égard à l'hypo-

[1] V., pour cette discussion, Fenet, t. XV, p. 277, 292, 316, 322, 323, 324, 325, 326.

thèque légale de la femme, et pour montrer que l'erreur de la doctrine que nous combattons a été de chercher la règle à suivre dans la première partie de cette disposition, tandis que, les reprises de la femme étant essentiellement indéterminées, la règle se trouve en réalité dans la seconde. Mais si cette appréciation, qui ressort si nettement de toute la discussion de la loi, avait besoin d'être justifiée, nous n'aurions qu'à rappeler ce qu'est la situation de la femme dans le mariage, et en particulier sous le régime de la communauté, celui qui, après tout, se produit le plus fréquemment, puisqu'il constitue le droit commun de la France. On sait qu'il y là des alternatives et des vicissitudes qui, jusqu'à la dissolution de l'association conjugale, se produisent en dehors de toute action de la femme; car en entrant dans cette société dont le mari est le chef, non-seulement elle n'acquiert aucun droit d'administration, mais encore elle perd celui qu'elle avait d'administrer ses propres biens; elle le transmet tout entier au mari, auquel elle donne ainsi le pouvoir de toucher pour elle tout ce qui lui revient, de payer tout ce qu'elle peut devoir, et de compenser ses recettes d'administration avec ses dépenses, sans qu'elle ait à réclamer rien que ce qui, toutes compensations faites, restera à la dissolution de la communauté. Jusque-là, on l'a dit avec raison et avec une exactitude parfaite, « la position est subordonnée aux faits qui se produisent, elle en suit les vicissitudes et varie au gré des circonstances : la femme, créancière aujourd'hui, sera débitrice demain; plus tard, elle retrouvera des créances qui s'évanouiront à leur tour; et ces alternatives se renouvellent sans cesse, jusqu'au jour où le compte s'établit et vient fixer si la femme est créancière ou débitrice, comme aussi à quelles sommes, à quels éléments, d'après les règles ordinaires d'imputation, la somme lui restant due doit être appliquée[1]. » Telle est la situation, et sauf le droit que la loi réserve à la femme, comme ressource unique, d'obtenir la séparation de biens en établissant le désordre des affaires du mari, la femme n'y peut rien changer; car il lui est interdit de demander, pendant la durée de la société, soit un partage, soit une liquidation des reprises, tous actes qui, selon l'expression de M. Troplong, « auraient, au point de

[1] V. le *Journal du notariat* du 4 juin 1856, n° 1146, article de M. Niobey, notaire.

vue des intérêts, le même inconvénient que le divorce au point de vue de l'union des personnes. »

Que conclure de tout cela? Qu'on peut bien, lorsque la communauté étant dissoute par une séparation de biens ou autrement, les reprises se trouvent *déterminées* dans une liquidation, exiger d'une femme, qui prendrait inscription à ce moment, qu'elle indique la nature des reprises et le montant de leur valeur; mais qu'il n'en peut plus être ainsi lorsque l'inscription est requise antérieurement à toute liquidation. Il est vrai de dire alors que les reprises de la femme, à l'exception de celles qui doivent s'exercer en nature, sont toutes éventuelles, conditionnelles et indéterminées; que, par suite, leur énonciation dans l'inscription est régie par la deuxième partie du n° 3 de l'article 2153; et qu'ainsi l'inscrivant satisfait pleinement à la loi en les énonçant sous cette indication vague et générale de *reprises, créances ou droits matrimoniaux*, sans indication détaillée de la *nature* des reprises ni de leur *valeur*.

Mais ce n'est pas d'une inscription requise pour la femme elle-même et dans son intérêt qu'il s'agit dans l'hypothèse où nous sommes placé; l'inscription ici est prise à son profit par un créancier subrogé à l'hypothèque légale de la femme : et il paraît qu'on voudrait, par rapport aux énonciations qui nous occupent, faire une différence entre les deux cas. On ferait assez bon marché de l'article 2153 vis-à-vis de la femme elle-même; mais on en prendrait la disposition, dans toute sa rigueur, vis-à-vis du créancier subrogé. C'est du moins l'avis exprimé par M. Grosse, ancien notaire, dans un commentaire spécial qu'il a publié sur la loi du 23 mars 1855. « Alors qu'il ne s'agissait, dit-il, que de la femme et de son intérêt personnel, les formalités devaient être simplifiées, au point d'en permettre l'inscription *à un ami*. Mais le subrogé est une personne capable d'agir, qui doit même s'être renseignée sur le montant des droits et reprises de la femme, qui a pris en considération leur importance dans le prêt qu'elle a fait; elle ne doit donc pas se plaindre qu'à son égard on exige avec rigueur l'application de l'article 2153. » Et l'auteur pense que le créancier ne devra pas trouver mauvais que son inscription soit annulée si le bordereau ne fait pas savoir que l'inscription est requise pour sûreté de la somme de....., montant de l'apport en mariage; de la somme de....., recueillie dans la succession de.....,

après la mort duquel il n'a été fait ni inventaire ni liquidation.....; de la somme de....., montant de l'indemnité résultant de l'obligation pour sûreté de laquelle la subrogation à l'hypothèque légale a été consentie, etc., etc.[1].

Dirons-nous que soit dans ses dispositions favorables envers la femme, soit dans ses tendances à la rigueur vis-à-vis du créancier subrogé, M. Grosse se laisse entraîner hors d'une juste mesure? Nous le pourrions : car, d'une part, quelque favorable que la loi ait été à la femme mariée, elle n'a pas admis pourtant, par un sentiment de convenance, que des amis agissant pour elle pourraient requérir inscription en son nom, et c'est par inadvertance (les esprits les meilleurs y sont sujets) que M. Grosse étend à la femme une faveur ou une garantie que la loi réserve exclusivement aux mineurs (art. 2139); d'une autre part, de quelque rigueur qu'on suppose la loi armée vis-à-vis du créancier, encore faut-il admettre qu'elle n'a pu vouloir lui imposer des conditions impossibles, et, par exemple, exiger de lui qu'il énonce dans son inscription soit l'émolument d'une succession recueillie par la femme, *quand l'importance de la succession n'est constatée ni par un inventaire ni par une liquidation*, puisqu'alors le créancier ne trouve à sa disposition aucun moyen de se renseigner sur les éléments de la reprise, soit l'indemnité résultant de l'obligation, puisque cette indemnité ne devant être que de ce que la femme aura payé pour son mari[2], il est vrai de dire qu'elle est *indéterminée*.

Mais abstenons-nous de ces détails, prenons la question dans sa généralité : il est plus qu'évident que le créancier se trouvera, en fait et en droit, autant et même plus empêché que la femme d'indiquer dans son bordereau la nature et le montant des reprises garanties par l'hypothèque légale à laquelle il est subrogé.

Ainsi, si la subrogation résulte d'une condamnation judiciaire, par exemple parce que verbalement ou par acte sous seing privé la femme aura promis cette subrogation qu'un jugement la

[1] V. le Comment. publié par M. Grosse, n° 287, et les articles qu'il a écrits dans le *Journal du notariat*, n°s 1139, 1141 et 1147.

[2] V. même une espèce dans laquelle on a soutenu que l'indemnité doit être réduite à zéro quand le créancier, au lieu d'être payé des deniers de la femme, est payé sur les biens du mari, fût-ce même au rang de l'hypothèque légale. Lyon, 11 août 1855 (*J. Pal.*, 1856, 1, 413).

contraindra à réaliser, la situation du créancier se rapproche certainement beaucoup de celle du procureur impérial et des autres personnes que les articles 2138 et 2139 autorisent à requérir inscription, et on n'hésitera pas à reconnaître que pas plus que ces personnes le créancier, dans ce cas, n'aura rien à énoncer, sans quoi on le mettrait dans l'impossibilité d'exercer le droit que le jugement par lui obtenu a consacré. Que si la subrogation résulte d'une obligation à laquelle le mari a concouru, comment serait-on plus exigeant? Dans l'usage, quand la femme cède ses reprises à son créancier, la cession est formulée en termes généraux; on cède *ses reprises*, *ses créances et ses droits matrimoniaux* sans les détailler en aucune manière dans le transport, ce qui, du reste, n'est, en droit, d'aucune nécessité [1]. Et alors, pour préciser mieux dans son inscription, le créancier aurait l'unique ressource des évaluations qu'il ferait lui-même, évaluations nécessairement arbitraires, et par cela même sans signification et sans autorité. Comment, en effet, et où prendrait-il ses renseignements? Les époux seuls pourraient lui en fournir. Mais en fait, le créancier les obtiendrait difficilement, car les époux sont rarement disposés à faire connaître leur situation; au contraire, ils éloigneraient volontiers, s'ils le pouvaient, le moment où une liquidation les forcera à les publier : et en droit, il ne pourrait pas les exiger du mari, car, sauf le cas de faillite ou de déconfiture prévu par l'article 1446, le créancier ne peut pas, pendant la durée de la société conjugale, demander la liquidation des reprises; cessionnaire de la femme, il la représente, il est elle-même lorsqu'il vient réclamer ses reprises; et puisqu'elle n'aurait pas pu entraver l'administration du mari, empêcher de s'accomplir les compensations qui doivent s'opérer pendant la durée de cette administration, le créancier ne le pourra pas davantage.

Ainsi, il en est du créancier comme de la femme elle-même; il ne serait donc ni juste ni raisonnable de l'obliger, lui, plus qu'on n'y obligerait la femme, à préciser dans l'inscription, sous peine de nullité, les reprises de la femme en détail et par chiffre. Même s'il les connaissait, il serait périlleux pour lui de les relater, car on pourrait prétendre qu'il n'a pris inscription que pour les causes indiquées, et si ces causes étaient éteintes,

[1] V. l'arrêt de la Cour de cassation, du 11 avril 1854 (Devill., 55, 1, 297).

lors de la liquidation, par compensation ou autrement, soutenir contre lui que son droit est anéanti. Mais dans tous les cas, la raison même des choses ne permet pas qu'on lui fasse grief de n'avoir pas précisé; et elle exige que tant vis-à-vis de lui que vis-à-vis de la femme, on tienne les reprises comme assez indéterminées pendant le mariage pour qu'une inscription qui fait connaître l'existence de l'hypothèque et la nature générique des reprises conservées suffise à la conservation du droit.

La jurisprudence, au surplus, ne s'y est pas trompée; et l'arrêt du 4 février 1856 lui-même, dont, sur d'autres points, nous avons combattu la doctrine, exclut, sur celui-ci, la distinction proposée. L'inscription qui a prévalu dans l'espèce avait été requise par un créancier que la femme avait subrogé à son hypothèque légale. Or cette inscription ne contenait pas d'indication plus précise que celle-ci : *reprises, créances, droits matrimoniaux*. Et cependant la Cour de cassation, en la validant, l'a maintenue dans toute son efficacité. Elle n'a donc pas admis qu'il faille être plus sévère vis-à-vis du créancier que vis-à-vis de la femme elle-même : et, en ce point, du moins, l'arrêt du 4 février 1856 ne peut qu'être approuvé.

Par tout ce qui précède, on voit que, relativement aux cessions d'hypothèques légales, la loi de 1855 n'a pas innové autant que pourraient le faire croire les controverses ranimées ou même soulevées à son occasion. La publicité, c'est là ce qui la préoccupe exclusivement; elle l'érige en principe et la veut complète comme moyen de fixer le droit et de le mettre à l'abri de tant d'incertitudes qui, jusqu'à elle, l'avaient tenu incertain et précaire. Tel est l'objet unique de la loi; c'est son innovation. Et voilà pourquoi nous l'avons laissée à l'écart sur les questions de forme. Le silence qu'elle garde à cet égard est la justification de notre solution principale, la validité de ces mentions qui évidemment sont, après comme avant la loi nouvelle, l'équivalent le plus parfait de l'inscription. Par là aussi se maintiennent nos solutions secondaires qui, ne faisant pas obstacle à la publicité, ne reçoivent aucune atteinte d'une loi par laquelle c'est la publicité seulement qui a été constituée.

(*La suite à la 4e livraison.*) PAUL PONT.

NOUVELLES RECHERCHES SUR L'ÉTAT DE LA FEMME,

L'INSTITUTION DU MARIAGE ET LE RÉGIME NUPTIAL [1].

Par M. Eugène BIMBENET, greffier en chef de la Cour impériale d'Orléans.

(Suite.)

Il serait utile, sans doute, pour atteindre le but que l'on poursuit, de déterminer l'état de la femme, l'institution du mariage et le régime nuptial, de les suivre dans toutes les phases qu'ils ont parcourues, et d'interroger, comme l'ont fait les écrivains qui se sont livrés à cette étude, les coutumes et les mœurs de tous les peuples de l'antiquité et des temps héroïques.

Mais ce cercle immense ne peut être parcouru sans des développements d'une telle étendue qu'à eux seuls ils formeraient

[1] V. t. VIII, p. 117. — On reconnaît ici avec M. Troplong (*Du mariage chez les Romains et de la puissance maritale*, REVUE DE LÉGISLATION, 1844, t. XXI, p. 129) et avec M. Ortolan (*le Mariage chez les Romains*, THÉMIS, t. X, p. 496) que le mariage à Rome n'était par lui-même, et indépendamment de l'*usus*, de *la confarréation* et *de la coemption* adoptés généralement comme constitutifs de l'union conjugale, soumis à d'autres conditions que celles du *consentement* et de la *tradition*.

Qui pourrait en douter en présence de l'argumentation de M. Troplong, et lorsque l'on considère que Gaius ne parle de la forme que sous la rubrique *De his qui in manu sunt*, et non pas au titre *du mariage?*

Mais quand même on devrait distinguer entre le contrat, *matrimonium*, et la célébration, *nuptiæ* (V. M. Troplong au lieu cité), il semble qu'il n'en faudrait pas moins attacher aux formes qui leur auraient été données les conséquences qu'on s'efforcera d'établir et de justifier dans la discussion qui va suivre.

La distinction adoptée par les deux savants jurisconsultes cités, tient plus à la subtilité du droit qu'à sa haute intelligence; elle est plus théorique qu'elle n'est pratique.

Est-il possible, en effet, d'admettre que le seul consentement suffisant pour former le contrat, chez un peuple dont les institutions révèlent un si vif amour de la formule qu'il semble en avoir été pour ainsi dire esclave, ait été dégagé de toute forme pour le constater?

Et d'ailleurs, plus on admettra de simplification dans l'institution du mariage, et plus il sera permis de considérer la communauté comme ayant été une des conditions du régime nuptial.

C'est donc abstraction faite du système produit par MM. Ortolan et Troplong, ou même en s'y réunissant, que la thèse qui sera soutenue ici aura pour base les textes consacrant non-seulement l'existence de l'usucapion, mais aussi les rites de la confarréation et de la coëmption.

un ouvrage spécial; à moins qu'on ne consentît à courir le risque d'affirmer ce qui peut être l'objet d'un doute.

Et d'ailleurs le sort de la femme, dans ces deux périodes, était tellement lié aux institutions religieuses, que son histoire ne serait autre que celle des religions elles-mêmes.

Ces études ont été faites; et le principe de l'unité de la tradition est sorti des ouvrages consacrés à démontrer qu'elle a été multiple et diverse.

On ne peut rien ajouter aux recherches tout à la fois si savantes et si ingénieuses des Dupuis, des Volney, des Creuzer et des Guiniant; on pourrait ajouter des Voltaire, si l'ironie, lorsqu'elle n'est pas suffisamment protégée par la science, était digne d'un sujet aussi grave.

Il faut donc, en renvoyant à ces ouvrages, se contenter de leurs résultats; ils nous montrent sous toutes les théogonies la femme divinisée, associée à la puissance créatrice et à l'action perpétuelle du pouvoir *supérieur* sur la création; ils nous montrent aussi la femme associée avec l'homme à tous les sacerdoces, et par conséquent à sa propre destinée et au partage de ses honneurs et de ses biens.

Depuis les plages du Midi et de l'Éthiopie jusqu'aux froides régions de la Germanie et aux îles voisines de la Bretagne [1], sur tous les points du globe terrestre la femme est la compagne de Dieu, son émanation; elle est aussi la compagne et l'émanation de l'homme; partout aussi les *noms propres* des divinités célestes et telluriques se réunissent pour révéler et les dogmes et l'unité primitive de la croyance universelle [2], et trahissent la similitude des croyances dérivées; *noms propres* que les pérégrinations de la famille humaine à travers les âges et les diverses parties de l'univers ont pu altérer et corrompre, mais qu'elles n'ont pu parvenir à effacer [3].

[1] Dupuis, *Religion universelle*, t. I, p. 364 et suiv.

[2] Les noms propres, dit Guiniant sur Creuzer, en parlant des divinités grecques, fournissent *une dernière preuve* à l'appui de notre opinion sur l'origine orientale de ces divinités.

Post hunc Appollonium et Jovem et Minervam, de his eamdem fere, quam reliquæ gentes habebant opinionem; Appollonium morbos depellere, Minervam operum atque artificiorum initia transdere, Jovem imperium celestium tenere, Martem bella regere. (Cæsar, *Comment.*, liv. VI, v. 13).

[3] M. de Voltaire fait remarquer qu'Adimo est le fils d'Abraham ou de Bhram. Le nom du chef de la famille des Héraclides se trouve uni et confondu

Ces multiplicités se réduisant à l'unité, ces révélations contradictoires et concordantes offrent à l'esprit le plus imposant spectacle, l'éclairent de la plus vive lumière, et chassent le doute qui, sans elles, aurait pu le tourmenter, et en même temps elles attestent le principe universel de l'identité des droits des deux sexes par la puissance et la vertu de l'identité de leur origine.

A quoi bon se livrer à des travaux désormais superflus, et ralentir par des digressions inutiles et dangereuses si elles sont incomplètes, immenses si on leur donne le développement qu'elles comportent, l'étude de la situation de la femme chez les peuples constitués en corps de nation et régis par des lois positives?

Il suffit de poser le principe incontestable du parallélisme ressortant de toutes les théogonies entre les deux sexes, pour être autorisé à en tirer les conséquences naturelles, qui ne sont autres que la réaction et l'influence nécessaires de la loi éternelle et immuable sur les lois, beaucoup plus immuables qu'on ne le pense, des sociétés.

Les secondes, il est vrai, n'ont pas toujours maintenu les premières dans leur intégrité; et c'est pour cela que la controverse a pu s'engager sur ce sujet.

Il faut donc, laissant de côté l'examen des cultes des peuples de l'antiquité et des peuples héroïques, nous hâter d'entrer dans l'examen des lois des peuples historiques.

La première de ces lois fixe le sort du territoire.

La propriété et les successions, chez les peuples primitifs, n'ont pas à proprement parler leur histoire.

Le climat d'où ces peuples se sont répandus, la simplicité des mœurs et des rapports de ces temps; l'état de guerre presque continuel, le morcellement des empires; le nombre considérable de tribus, de républiques, de monarchies éparses sur une petite étendue; l'absence d'homogénéité des peuples soumis à une autorité souveraine, unique et sans organisation, tout in-

avec celui d'un des enfants de Noé, et le *Sem Héraclès* est suffisamment désigné par le seul nom de *Sem*.

Le nom de *Sémiramis* se rattache à ce nom et à l'événement du déluge. Semi-ramis est une allusion à la colombe rapportant le rameau, gage de la réconciliation du ciel et de la terre.

Brhama et Sarawasti, et tant d'autres noms, associent toutes les traditions à la tradition biblique. (Creuzer, *Religions de l'antiquité.*)

dique le peu d'importance que devait avoir la propriété avant l'ère historique.

Aussi les législateurs, dans le sens restreint et pratique de ce mot, ne se montrent-ils qu'à cette époque.

Jusque-là le territoire est entre les mains du sacerdoce, c'est-à-dire de l'aristocratie; les peuples, à l'état de servage ou de dépendance, cultivent et combattent pour le maître, tout à la fois prince et prêtre.

C'est ce qui fait dire à un savant écrivain de nos jours: « L'autorité patriarcale du chef qui, comme Abraham, combat » et sacrifie tour à tour, est le premier des gouvernements; le » *patronat* ou *patriciat* doit donc être élevé au rang d'une insti- » tution particulière, à la hauteur d'une loi de l'organisation » même de toutes les sociétés primitives [1]. »

La monarchie succède à cet état de choses sans changer le sort des peuples, et la propriété est exclusivement possédée par le sacerdoce et les grands.

Ce qui se passait dans les temps les plus reculés a été remarqué à Rome; et ce qu'on a remarqué à Rome l'a été dans la Gaule celtique : Vico voyait une analogie frappante entre les premiers temps de Rome et notre moyen âge [2].

Il est vrai que l'on a pensé que les bandes venues de la Germanie pour envahir les Gaules, étaient associées sous la loi d'une parfaite égalité; c'est ce que prétend Montesquieu, dans son chapitre *De la politique des peuples qui ne cultivent pas les terres*.

Mais outre que cette théorie pourrait être contestée, elle n'intéresserait que les peuples, et ils sont rares, qui ne cultivent pas les terres, et cela pendant leurs migrations armées et lorsqu'ils sont à l'état d'envahissement; elle ne pourrait s'appliquer à ces peuples mêmes lorsqu'ils sont établis dans une contrée qu'ils ont vaincue et subjuguée : l'état social se forme alors; et l'inégalité commencée dans la marche de ces bandes par le choix et l'élection du *plus brave* et du *plus fort*, s'accomplit et se consomme par le partage des terres conquises, par la formation de la famille, l'autorité paternelle, le respect de la vieillesse, et par l'organisation du culte.

[1] Duray, *Histoire romaine*, t. I, p. 76-77.
[2] Giraud, *Introduction*, p. 45.

Elle se consomme surtout par l'effet de la conquête, qui réduit à l'état de servage les populations subjuguées, et qui place à l'état de maître et de seigneur les principaux du peuple envahisseur.

Ces points de départ acceptés, et sans se préoccuper de l'état de la propriété chez les peuples de l'antiquité, il suffit de le constater chez ceux dont la civilisation et les lois ont exercé une grande influence sur les institutions de la Gaule et de la France.

La première de ces nations est la Grèce, et cela à un double titre : l'emprunt que Rome lui a fait de ses lois ; l'exemple que la colonie grecque de Massalie, régie par les lois ou du moins par les traditions de la mère-patrie, donna à la Gaule.

La seconde de ces nations est Rome elle-même, à cause de la conquête et de l'influence que dès avant cet événement la Narbonnaise, régie par les lois de Rome, dut exercer sur les mœurs et sur les institutions des Gaulois.

Enfin la troisième est la Germanie, au double titre de la communauté d'origine des Francs et des Germains, et de la conquête qui transforma la Gaule, alors province romaine, et substitua la nationalité franke à la nationalité gauloise.

Ici une grave difficulté se présente : les Romains ont-ils, en effet, emprunté leurs lois à la Grèce?

Jusqu'à Vico, cet emprunt était un fait historique incontesté [1] : Montesquieu considère la loi du divorce et de la répudiation comme une de celles que les députés de Rome rapportèrent d'Athènes [2].

Aujourd'hui un certain nombre de savants tiennent pour la négative ; d'autres, en aussi grand nombre, tiennent pour l'affirmative. Dans le doute, il faut se ranger du côté de ceux qui acceptent le fait comme constant.

Il n'y a pas grand mérite à cela, lorsqu'on le voit avancé par Pomponius, Denis d'Halicarnasse, Tite-Live, fortifiés du témoignage de Pline.

Cette proposition sera d'autant plus facilement admise que l'existence du fait est niée, non pas sur l'existence d'un fait contraire, mais sur des appréciations plus ou moins raison-

[1] Giraud, *Introd. historique à l'étude de la législation romaine*, p. 62 et 63.
[2] *Esprit des lois*, liv. XVI, chap. 16.

nables, plus ou moins spécieuses, plus ou moins arbitraires, mais toutes susceptibles de controverse.

Celles de Vico, dont M. Michelet a donné une traduction et dont M. Giraud a rapporté le texte[1], malgré leur caractère sérieux, sont combattues par le seul rapprochement que fait Montesquieu entre la loi des Douze-Tables et les lois de Solon.

Celles de Gibbon sont loin d'avoir le mérite des appréciations de Vico; et pour ne parler que du second des motifs sur lesquels il se fonde pour repousser l'emprunt des Romains aux Grecs, on peut le détruire par une simple réflexion.

« Il est difficile de croire, dit cet illustre écrivain, que les » patriciens eussent entrepris une périlleuse navigation pour co- » pier le modèle le plus parfait de la démocratie[2]. »

Pour ce qui est du péril de la navigation, il est purement imaginaire : les Romains étaient peu accessibles à ces pusillanimités, et le départ est considéré comme ayant eu lieu le 5 des ides de mai, c'est-à-dire au moment où la navigation offre le plus de sécurité, surtout dans ces belles contrées.

Et il était tout simple que les patriciens allassent consulter une législation démocratique au moment où le patriciat pliait sous un mouvement démocratique et se voyait forcé de consentir au partage des terres de l'Aventin; véritable loi agraire, quoiqu'il ne s'agît que du partage du domaine public.

Enfin la fraude des patriciens, qui auraient simulé, au dire de Vico, une absence de deux années, à l'expiration desquelles ils se seraient présentés au peuple *cum legibus atticis*, ainsi qu'ils les appelaient, semble impossible à admettre; car ces lois étaient rédigées dans la langue grecque, ignorée à Rome, où le mépris pour le culte des lettres était affecté à ce point que le sage Hermodore d'Éphèse fut appelé afin de les expliquer au peuple et aux patriciens eux-mêmes.

Et d'ailleurs, les lois de Solon étaient-elles aussi parfaitement démocratiques qu'on l'a dit?

La division des citoyens en quatre classes : celle des riches, investis des charges les plus considérables; celle des chevaliers, assez riches pour entretenir un cheval, et qui composaient exclusivement la cavalerie; la troisième, composée de

[1] Giraud, *Introduction*, p. 62 et suiv.— Michelet, *Histoire romaine*, t. I, p. 306 et suiv.

[2] V. à ce sujet Giraud, *Introduction*, p. 66 et suiv.

ceux qui ne pouvaient entretenir qu'une paire de bœufs, et livrée exclusivement à l'agriculture; et enfin la quatrième, celle des mercenaires, établit des différences suffisantes pour que toute confusion soit impossible entre elles [1].

Loin donc que l'on puisse rejeter l'emprunt que les Romains firent aux Grecs de leur législation, mise en rapport avec la constitution romaine, cette supposition est complétement acceptable.

L'institution du mariage et le régime nuptial durent être respectés par la colonie grecque qui fonda Marseille, et se répandre dans la Gaule celtique par les rapports qui s'établirent entre elle et la colonie [2].

Il en fut de même des institutions romaines, qui commencèrent à s'étendre dans la Gaule par les rapports de cette contrée avec la Narbonnaise, et finirent par dominer les populations gauloises après qu'elles furent soumises par César, si même elles ne s'y introduisirent pas par des voies plus directes.

Or si l'on considère la constitution primitive du peuple romain, on la voit semblable à celle de toutes les nations naissantes : véritable société féodale, mélange de théocratie et de haute féodalité, emprunté aux Pelasges par les Étrusques, les plus navigateurs des peuples de l'Italie, et longtemps en communication avec l'Orient et même avec l'Égypte [3].

Chez les peuples de l'Italie, comme chez les peuples de l'Orient, le droit public et le droit privé furent étroitement unis au droit religieux, et la propriété fut le partage exclusif du patriciat sacerdotal.

Dans ce temps, *comme au moyen âge*, posséder la terre était le signe de la puissance et la puissance même; et les domaines, alors égaux, formaient un mélange d'aristocratie et de démocratie.

C'est à l'ombre de ces constitutions que le mariage est institué, sans qu'on puisse lui attribuer d'autre origine que la loi de la nature qui conduit l'homme vers sa compagne, moins encore

[1] V. sur ce point M. Duruy, *Histoire de la Grèce.*

[2] M. Kœnigswarter reconnaît que la femme grecque n'était pas achetée par celui qui voulait l'épouser. Il reconnaît aussi que la monogamie était tellement la loi de l'Égypte, qu'elle passa à la Grèce. (*Revue de législation*, t. XXXIV, p. 150.)

[3] Creuzer, *De la religion de l'Italie.*

pour se reproduire, sentiment auquel il est fort indifférent dans sa jeunesse, que pour épancher le besoin d'aimer dont son cœur est tourmenté; c'est à l'ombre de ces constitutions que le régime nuptial et la famille sont fondés.

Si la concentration de la fortune territoriale, la seule qui existe alors, a pour conséquence le protectorat et le patriciat; si le chef de la tribu ou *de la famille* représente à lui seul tous ceux qui la composent, sa compagne est la mère de ses enfants, la surveillante des travaux, la bonne ménagère, l'associée du mari, son *alter ego;* que dis-je? sa personne même, car, ainsi que nous l'apprend Beustius : « Aristoteles ex sententia Pythagoræ » amicum definit esse cuique alterum ipsum, sed Deus conjugem » definit esse cuique *eumdem ipsum* [1]. »

Et c'est pour cela que Romulus appelle la femme *socia fortunarum*, et rend cette loi qui doit régler sa destinée dans l'avenir le plus éloigné du peuple qu'il fonde : « Mulier viro secun- » dum sacratas leges conjuncta, fortunarum et sacrorum socia » illi esto, utque domus ille dominus, illa domina, filia est pa- » tri, ita defuncto hæres esto [2]. »

Ainsi elle partage ses honneurs et son sacerdoce; il est le maître, elle est la maîtresse; elle est sa fille et son héritière. N'a-t-on pas dit qu'elle est commune en biens avec lui : *fortunarum socia?*

Et d'ailleurs, qui ne comprend le contrat tacite, résultat nécessaire, conséquence immédiate de la nature des choses, lorsqu'on se reporte à ces temps de mœurs simples, où rien n'avait de valeur vénale; où tout était plus dans la communauté que dans le commerce réduit au simple échange; où les rapports existaient plus par l'égalité et la similitude des travaux que par la relation des intérêts; lorsqu'on se reporte à ces temps de combats, de délibérations publiques, où l'absence et le veuvage, avant la vieillesse, étaient fréquents?

Alors on admettra facilement qu'une parfaite égalité dût régner surtout entre l'homme et la femme; que cette égalité dût régir de la même manière toutes les classes, et que les mots *societas fortunarum* fussent l'expression de la loi commune dans l'état du mariage.

[1] *De matrimonis, tractatus connubiorum*, t. II, p. 102.
[2] Brisson, chap. 129, p. 438.

Mais bientôt la constitution du pays plus régulière, les rapports plus compliqués, introduisirent une différence plus grande entre les classes de la société; les fonctions publiques, celles du sacerdoce réunies, les guerres fréquentes, le commandement et la discipline militaires établirent une grande distance entre les chefs des tribus et leurs serviteurs ou clients, considérés jusque-là comme formant *une famille*.

Loin de nuire au sort de la femme, celle-ci grandit en influence à mesure que les mœurs se perfectionnent et que la civilisation chasse devant elle la rudesse des temps primitifs.

C'est ce mouvement de l'esprit humain qui dicta la loi *De senatoribus*[1] : « Consulari fœminæ utique consularem virum præferendum nemo ambigit; sed vir præfectorius an consulari » fœminæ præferatur videndum? Putem præferri quia major » dignitas in sexu virili est.

» Consulares autem fœminas dicimus consularium uxores adjicit Saturnius, etiam matres, quod nec usquam relatum est » nec unquam receptum. »

Ici le partage des honneurs du mari patricien par la femme patricienne ne peut être mis en doute, puisqu'il s'étendait à la mère de celui qui avait obtenu les honneurs consulaires, et qu'il fait question de savoir si celui qui est pourvu d'une fonction moins élevée, comme celle de préfet, pourrait l'emporter sur la mère d'un consul; et que cette question est résolue en faveur de celle-ci.

Mais ce partage résulte d'une manière plus sensible encore de la loi des Douze-Tables, qui prohibait le mariage entre le patricien et la femme plébéienne, entre la patricienne et le plébéien.

La loi 8 au Digeste, *Clarissimarum*, est bien plus formelle encore : « Les femmes et les filles des sénateurs partagent la » dignité de leur père et de leur mari; les femmes mariées à » des personnes illustres sont illustres elles-mêmes; elles ne » perdent ces avantages, tirés de leur naissance ou de leurs » unions, qu'en épousant des plébéiens[2].

[1] Au Digeste, liv. I, tit. 9.

[2] Uxores item et filiæ senatorum, viri vel patris dignitatem participant. Amittunt verò, quum viris inferioris dignitatis nubunt. (Pothier, *De senatoribus*, tit. 9, p. 37.)

Et la loi 8, au Dig., tit. 9, *De senatoribus*.

La loi *De alimentis et cibariis legatis* ajoute, à celles précédemment citées, l'établissement du régime de la communauté entre époux.

Cette loi ne ferait-elle que le permettre, ainsi que M. Kœnigswarter l'a prétendu, qu'elle serait d'une grande importance dans la question d'origine de ce régime; mais elle va plus loin.

Elle établit parfaitement, en effet, la communauté entre époux; son texte justifie cette proposition jusqu'à l'évidence :

« Lorsque le testateur fournissait en commun, avec son asso-
» cié, des aliments, ce legs ne comprenait que la quantité qu'il
» fournissait pour sa part.

» C'est pourquoi un mari, après avoir été plus de quarante
» ans en société de tous ses biens avec sa femme, a fait un tes-
» tament par lequel il a institué pour héritiers son épouse, un
» petit-fils issu de son fils, chacun par égales portions, et qu'il
» a ajouté : Je lègue à mes affranchis ce que je leur donnais de
» mon vivant; on a demandé si les esclaves qui, durant le temps
» que cette société a existé entre époux, ont été affranchis par
» eux, et qui seraient ainsi devenus les affranchis communs des
» deux époux, pourront, en vertu du fidéicommis, demander
» en entier ce qu'ils touchaient du vivant du testateur; j'ai ré-
» pondu qu'on ne leur devait que ce que le mari leur donnait
» pour sa part[1]. »

Les glossateurs les plus illustres donnent à cette loi la portée qu'on lui attribue ici : Accurse et Godefroy ajoutent aux mots : *cum uxore suâ*, ceux-ci : *vir socius uxoris.*

Pothier ajoute aux mots *à vivente*, ceux-ci : *viro, quæ solida vivus præstabat pro parte sua et uxoris.*

Mornac, au texte de cette loi, qu'il indique en marge par ces mots : *communauté de biens*, ajoute ceux-ci : « Hic est alter a
» duobus testibus in jure qui societatem illam qualis apud nos
» est memorant[2]. »

[1] Qui societatem omnium bonorum suorum cum uxore suâ per annos amplius quadraginta habuit, testamento eamdem uxorem et nepotem ex filio æquis partibus hæredes reliquit et ita cavit : item libertis meis, quos vivus manumissi, ea quæ præstabam (dari volo) quæsitum est an et qui, eo tempore quo societas inter eos permansit, manumissi ab utrisque, et communes liberti facti sunt, ea quæ a vivente percipiebant, solida ex fideicommisso petere possint? Respondit : Non ampliùs quam quod vir pro sua parte præstabat, deberi. (Dig,, liv. XXXIV, L. 16, § 3.)

[2] *De alimentis vel cibariis legatis* (loi 16, t. II, p. 222).

Et si l'on suit la femme dans ses rapports avec le mari, sous le régime nuptial romain, on la voit partout associée, non-seulement à ses honneurs, mais encore à ses droits et à ses devoirs.

« *Uxor*, *materfamilias*, *domina*, nomina sunt dignitatis; *con-* » *cubina* quasi nomen est voluptatis.

» *Uxor*, vocatur *domina* mariti, idem domicilium; post mor- » tem mariti quandiu vidua permanet, retinet domicilium ma- » riti; lar et domicilium matrimonii est. »

Ces enseignements de Cujas, qui ne sont autres que ceux d'un grand nombre de docteurs qu'il cite, forment une série de devoirs et de droits qui attestent la communauté entre les époux.

La femme doit des aliments à son mari tombé dans l'indigence; et ce devoir est attesté par ce vers de Properce :

Omnis amor magnus sed aperto in conjuge major,

auquel Strikius, revenant à la tradition religieuse universelle, et rattachant ainsi l'institution du mariage et le régime nuptial à la loi de Solon et à celle attribuée à Romulus, ajoute : *unde vocantur una caro.*

Sabinus commentant le chapitre *Rerum amatarum*, veut que toutes les exceptions qui pourraient profiter au mari profitent à la femme, et Cujas ajoute : « Sabini autem ratio est colorata quia » uxor est societas vitæ divinæ et humanæ; socii autem hoc be- » neficium habent, itaque quasi socia uxor damnatur in quan- » tum facere potest. »

Quoi qu'en dise M. Kœnigswarter, c'est donc avec raison que Modestin définit le mariage : « Conjunctio maris et fœminæ con- » sortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio; » et que Columelle établit ainsi le régime nuptial : « Nihil con- » spiciebatur in domo dividuum, nihil quod aut maritus aut fœ- » mina proprium esse juris sui diceret. » Admirables résumés de l'institution du mariage et du régime nuptial à Rome, attestés par l'histoire des mœurs de cette puissante nation d'accord avec ses lois, manifestés par le témoignage de ses historiens et de ses jurisconsultes.

Les docteurs de la renaissance n'ont pas non plus hésité à considérer la monogamie comme la loi générale et universelle instituée par Dieu lui-même, et la communauté comme étant la conséquence de cette loi.

Beustius [1] fait remonter l'origine du mariage, la loi d'un seul homme et d'une seule femme, à la création.

Après avoir emprunté à Justinien la définition des justes noces, il ajoute : « Primo ergo ex hac definitione notandum est cum » dicitur maris et fœminæ legitima conjunctio quod, ab initio » non sunt creati duo viri, vel duæ mulieres, sed primo mascu- » lus deinde fœmina unde sequitur quod unus masculus non » debet habere plures fœminas simul et semel, quæmadmodum » nec una fœmina plures maritos habere debet simul et semel. »

Mauserus [2] adopte le même principe : « Nam si plures essent » ducendæ uxores simul utique Deus creasset ab initio mundi ex » costis duas fœminas cum opus fuerat propter penuriam ho- » minum, Adam plures habere uxores, ut eò citiùs mundum » pluribus liberis implevisset; nec obstant pleraque exempla » veteris testamenti quia illa sunt heroica, et nequaquam in » consequentia trahenda [3]. »

Il ajoute après quelques autres démonstrations : « Unde etiam » valdè venuste glossa quod mulier non ex capite nec ex pede » sed ex costa Adæ, sit facta, ita ut nec sit famula, nec domina, » sed medium quoddam et quasi socia mariti. »

Enfin Hotman [4] entre dans le détail des solennités touchantes du mariage à Rome; il les énumère toutes, et toutes attestent la véritable situation, la parfaite égalité de la femme et de l'homme, l'indissolubilité du mariage et le mélange des deux existences.

Ces solennités symboliques ont tellement été considérées comme ayant ces caractères, qu'elles ont fait naître la question de savoir si la femme était dans la puissance du mari : « Est au- » tem exagitenda quæstio an uxor sit in potestate mariti; et non » erit inconveniens hic conscribere verba Philonis de Adamo » qui uxorem accusans dicebat : mulier quam meum concessisti, » non quam mihi dedisti [5]. »

Cette question n'en est pas une à l'égard de la femme romaine : « Nam si uxor esset tantùm *usu* ducta, omnes consen- » tiunt non fuisse in dominio mariti; — si verò *coemptione* aiunt

[1] *De matrimoniis secunda pars*, p. 101 et 102.
[2] *De nuptiis*, p. 328, 329.
[3] *De nuptiis*, p. 329.
[4] *De ritu nuptiarum*, au chap. *De pompa nuptiali*, p. 355, chap. 16.
[5] *An uxor sit in potestate mariti*, p. 367, chap. 28.

» fuisse in dominio mariti, quia in ejus manum convenit. Quid » ergò? si mancipatione jus dominii sibi acquirebat maritus, » cur non etiam mulieri idem jus erat in virum, quem eadem » mancipatione sibi patrem familias cœmebat? Cum in limine » domus dicere solebat, si tu cajus ego caja, id est : Si tu do- » minus ego domina, si ideò putamus uxores viros suos appel- » lasse dominos, quod hæ in eorum domino essent, cur non idem » conjicimus de marito quem videmus etiam aliquando uxorem » suam dominam appellasse [1]. »

Ainsi, dans tous les cas, que l'*usage* ou les deux autres modes de mariage fussent mis en pratique, la femme acquérait sur son mari les mêmes droits que celui-ci acquérait sur elle.

Cette longue suite de textes associant les prérogatives utiles de la femme aux prérogatives honorifiques qui lui sont accordées, les unissant par un mélange nécessaire, leur attribuant une action réciproque et simultanée, est fortifiée par d'autres textes non moins formels.

La femme partageait le sacerdoce avec son mari, et cette prérogative n'était pas le principe, mais la conséquence de la qualité de commune en biens et d'ayant droit à l'hérédité du mari.

« Vir et uxor divini et humani juris communicationem dice- » bantur [2] ob eamque causam tradi annulos et claves uxoribus » solenne et igni et aquæ illam accipere communicatio; sacro- » rum in quam non quidem publicorum sed privatorum quæ (ut » ait Festus), pro singulis familiis, gentibusque fiebant, quæ » jura (inquit Cicero, lib. II, *De leg.*) pontificum autoritatem » consecuta sunt, ut ne morte paterfamilias sacrorum memoria » occideret, et iis essent ea adjuncta ad quos ejusdem morte » pecunia venerit, etc.[3]....

» Quemadmodum itaque qui adoptabatur particeps sacrorum » *et bonorum* fiebat; sic etiam mulier in familiam mariti trans- » iens fiebat sacrorum particeps, quod à Romulo institutum » fuisse [4]. »

De ces propositions à celle de la communauté de biens il n'y a qu'un pas; aussi y arrive-t-on facilement.

Cependant une distinction s'établit à ce sujet : Si la femme se

[1] Hottomanus, au lieu ci-dessus cité, p. 368.
[2] Dig., *De ritu nuptiarum*, liv. I.
[3] Hottomanus, *De ritu nuptiarum*, chap. 25, p. 372.
[4] *Ibid.*, p. 374.

marie séparée de biens, ce qu'elle possédait, comme lui appartenant, ne passe pas entièrement au mari, mais seulement ce qu'elle apporte à titre de dot; le reste constitue les paraphernaux, dont le mari n'a même pas l'administration.

Et encore le mari n'avait-il pas la pleine propriété des choses dotales; elles étaient seulement *in bonis ejus*, et la toute-propriété de la femme qui conservait ses esclaves et sa propre famille : « Cum etiam suos homines familiamque domesticam ha-
» beret mulier. »

Ces principes établis, Hotman pose cette question : « Denique
» quare mulier dicebat bona sua in dotem viro, si ad eum, solo
» matrimonii jure, transirent? »

Il y répond en ces termes :

« Solet sic distingui, aut coemptione, aut farre ducta est mu-
» lier; et tunc (teste Cicerone in *Topicis*) : Omnia quæ mulieris
» fuerant, viri flebant dotis nomine. »

Cependant il ajoute, en s'autorisant encore d'un texte de Cicéron : « Prima societas in ipso conjugio est proxima in liberis,
» deinde una domus, communia omnia. »

Et passant aux trois formes du mariage : l'*usus*, la *coemption* et la *confarréation*, il établit le régime nuptial par la communauté, suivant les diverses natures de cette union.

Dans le mariage, *usu*, ce qui était apporté en dot tombait dans la propriété du mari, et non le surplus, y compris les choses dont la femme se servait personnellement, à moins qu'elles ne tombassent dans l'usage commun; par exemple : pour l'habitation, pour que le ménage ne manquât pas des choses nécessaires. Aussi ajoute Hotman : « At si non esset promiscuus usus,
» nulla flebat communicatio marito. »

Ces principes sont applicables non pas seulement à la *mater-familias*, mais aussi à l'épouse.

Tertullien prétend que la seule mère de famille, et non la simple épouse, participait aux avantages du droit civil; mais Hotman réfute cette opinion en posant cette question : « At num
» ea societas leonina dicetur, quæ maritum coemptione facta
» non etiam mulierem dominum facit? » et en la résolvant par ces mots qu'il emprunte à Macrob : « Postera die nuptiarum
» mulierem dominium rerum mariti incipere adipisci. »

Et il ajoute en citant l'opinion de Plutarque : « Ideò dona-

» tiones inter virum et uxorem prohibitas fuisse à Romanis, » quòd omnia communia judicarent[1]. »

Quant au mariage par confarréation, le docteur auquel j'emprunte et ces décisions et ces textes ne s'en occupe même pas, tant il lui paraît évident sans doute que cette forme de mariage entraînait avec elle le régime de la communauté.

On comprend donc très-bien le langage de de Laurière[2], qui recherchant l'origine de la communauté coutumière de France, la trouve dans le droit romain, et l'attribue au résultat des études « que les savants français allaient faire en Italie, et de la con- » naissance qu'ils avaient acquise des Sentences de Paul, des » Institutes de Gaius et du Code Théodosien. »

« Nos Français, ajoute-t-il, ayant donc pris les lois romaines, » la puissance maritale et la plupart des cérémonies qu'ils pra- » tiquèrent dans les mariages (il cite la *coemptio* et le mariage » de Clovis et de Clotilde *per solidum et denarium*), ils firent » aussi, *à l'exemple des Romains*, quelque avantage à leurs » femmes, à cause de la puissance qu'ils avaient sur elles, parce » qu'en vertu de cette puissance ils jouissaient de tous les biens » qu'elles possédaient non à titre de dot, comme chez les Ro- » mains, mais à titre de *bail*, ce qu'on prouve par le mot *douaire*. »

On ne peut rien rectifier dans cette opinion, si ce n'est l'assimilation parfaite que de Laurière établit, précédemment à ce passage, entre la mère et le fils; elle ne peut être que relative. La mère avait certainement un degré supérieur à celui du fils dans son union avec le père de famille; et de Laurière, en se plaçant trop au point de vue des intérêts matériels résultant du droit héréditaire accordé à la femme, s'éloigne de l'aspect religieux et moral du mariage; et cependant le système de la communauté n'a rien à perdre à être ainsi envisagé.

Mais ce qu'il dit de l'état de dépendance de la femme est plein de justesse et d'équité; plus les droits du mari seront exorbitants, plus une compensation deviendra nécessaire; et la communauté pourra seule être cette compensation.

Mais cet état d'infériorité de la femme chez les Romains doit-il être admis? L'histoire de ce peuple ne proteste-t-elle pas contre cette situation?

[1] *De communione bonorum inter virum et uxorem*, chap. 26, p. 374.
[2] Glossaire du droit français, au mot *Communauté de biens*.

L'honneur outragé d'une femme est l'occasion de révolutions sociales. On voit la femme sous la monarchie, sous la république et sous l'empire, dans la demeure du patricien ou du plébéien, sur le trône même, toujours en collaboration avec l'homme, filant le laticlave, méritant cette touchante épitaphe : *Domum mansit lanam fecit;* associée aux travaux guerriers, aux tempêtes du forum et à la tyrannie des empereurs.

Ce qui est vrai pour la femme patricienne l'est bien plus pour la femme plébéienne.

Sous les nobles vivait une foule dont l'existence a été le sujet d'une peinture animée.

« Au-dessous de cette bourgeoisie souveraine, dit Duruy, se » trouvent des hommes qui ne sont ni clients, ni serviteurs, ni » membres des *gentes;* qui ne peuvent entrer par mariage légal » dans la maison patricienne, qui n'ont ni la puissance pater- » nelle, ni le droit de tester, ni celui d'adopter : ces hommes » sont les plébéiens [1]. »

Les révolutions qui élevèrent cette classe ne sont pas du domaine de ces recherches; mais on peut les rappeler pour constater que le patriciat romain, envahi dans ses institutions politiques et législatives, dans le commandement des armées et jusque dans le sacerdoce, l'institution du mariage et le régime nuptial durent être soumis à de grandes innovations.

Cette institution, ce régime, même pour la classe patricienne, n'eurent jamais, au fond des choses, le caractère qu'on leur attribue.

Lorsque l'on étudie les institutions des peuples anciens, et particulièrement celles du peuple romain, il faut se mettre en garde contre l'exagération du langage, expliqué plus par le caractère symbolique des rites que par le sens particulier et rigoureux des mots; la fiction est partout.

C'est ainsi que l'*usus* ou l'*usucapion* appliquée au mariage, et qui aurait réduit la femme à l'état de chose, ne peut avoir cette conséquence; évidemment ici les mœurs dominent la loi, et les mots sont trompeurs.

La femme, considérée par un peuple tout à la fois cultivateur et guerrier, pouvait être théoriquement placée au rang d'une propriété prescriptible; mais la loi ne permettait pas la prise

[1] *Histoire romaine*, t. I, p. 123.

de possession, l'*usage*, sans le consentement; il fallait qu'il fût manifestement donné dans l'intention du mariage : *Animo matrimonii contrahendi* [1].

Elle laissait à l'*objet prescriptible* le droit d'interrompre la prescription. Esclavage singulier que celui qui ne se constitue que par le consentement!

Et encore, après l'usucapion acquise, fallait-il dresser l'instrument du mariage, *dotalibus instrumentis compositis*, et procéder au mariage lui-même; et lorsque la prise de possession était complète, la femme acquise par l'*usucapion* pouvait-elle répudier le mari, comme le mari pouvait répudier la femme.

Ici nous retournons aux lois de la Grèce, et nous retrouvons le lien qui les unit à celles de Rome.

« Comme la loi d'Athènes, dit Montesquieu, *donnait à la* » *femme, aussi bien qu'au mari*, la faculté de répudier, et qu'on » voit que la femme obtint ce droit chez les premiers Romains, » nonobstant la loi de Romulus, il est clair que cette loi fut une » de celles que les députés apportèrent d'Athènes, et que le di- » vorce, jusqu'à Justinien, pouvait être demandé sans cause. »

Et d'ailleurs l'*usus*, tout en faisant tomber la femme *in manum mariti*, ne donnait à celui-ci aucun droit sur elle : « Usu » uxor habebatur cum mulier ita collocabatur viro, ut is nul- » lum jus præter usum in eam haberet. Quæmadmodum servus, » jure quiritum domini non erat, sed tantum in bonis : in usu » si is neque mancipatus esset, neque in jure cessus, neque » ipso anno possessus — sic etiam si nulla mancipatio in nup- » tiarum celebratione intervenisset, mulier sanè jure quiritum » uxor non erat, nec materfamilias, sed tantum jure naturali » uxor [2]. »

La loi naturelle présidait donc seule, dans ce cas, à cette union, et seule elle devait imposer ses règles aux époux; et la communauté de la vie entraînait avec elle la communauté des biens.

C'est donc à tort qu'Hotman ajoute [3] : « Quod si *usu* tantum » esset ducta uxor nullam fuisse inter eos societatem verisimile

[1] On a vu, par la note qui accompagne le titre de cet article, que le consentement suffisait à Rome pour constituer le mariage; M. Ortolan y ajoute la tradition, premier pas fait par la théorie du droit dans sa pratique.

[2] Hotman, chap. 12, p. 364.

[3] Chap. 27, p. 377.

» est, nisi in quantum inter eos conventum erat. » Le doute dans lequel ce savant se place ne peut exister lorsqu'on examine avec attention la nature même de cette forme de mariage.

Le mariage par *confarréation*, qui donnait l'autorité paternelle, c'est-à-dire l'autorité absolue du mari sur la femme, puisque la femme était considérée comme sa fille, et qu'il n'avait d'autorité comme mari qu'en tant que père, et en vertu de la fiction qui le plaçait, en cette dernière qualité, à la tête de la famille et même de la *gentes*; ce mariage, loin d'être exclusif de la communauté, en était la plus évidente expression.

Je ne reviendrai pas ici sur ses formules et ses solennités; je me contenterai de remarquer qu'elles n'étaient autres qu'une sorte de communion entre l'homme et la femme que le mariage allait unir, les préparant ainsi au partage de toutes les épreuves de la vie, comme les chrétiens, plus tard, ont rompu le même pain et bu à la même coupe en signe du partage des mêmes persécutions et des mêmes triomphes.

Enfin, si l'on examine avec attention le mariage par *coemption*, on y trouve encore le germe de la communauté conjugale.

On doit remarquer, en premier lieu, que le mot *coemptio* exprime la pensée d'un achat mutuel. C'est ce qu'enseigne Hotman dans un passage cité plus haut; mais en tous cas et bien certainement, dans la forme de ce mariage, les symboles se substituent aux mots dont le sens est outrepassé et peut-être même inconnu.

On peut donc le dire avec assurance, la coemption, dont on n'a qu'une idée bien imparfaite, était commune à l'un et à l'autre époux.

Ce que dit Boëthius le prouve bien, indépendamment de la pièce de monnaie donnée par la femme, lorsqu'il dit : « Coemp-
» tio vero certis solemnitatibus peragebat et *sese in coemendo*
» invicem interrogabant. Vir ita : An mulier sibi materfamilias
» esse vellet; ille respondebat : Velle. »

A ces démonstrations il convient d'ajouter une considération importante, déjà pressentie et tirée de l'état de la propriété chez les Romains.

On a, en effet, attribué à la constitution féodale le régime nuptial de la communauté; on a pensé que l'association de ceux qui vivaient à *même pot*, à *même feu*, à *même chanteau*, avait

introduit la communauté conjugale dans la France féodale, et par suite dans la France moderne.

Or il est remarquable que partout et à toutes les pages de l'histoire des nations, on rencontre la similitude la plus accusée entre leurs institutions et celles de l'institution féodale, et cela particulièrement chez les Romains.

J'ai déjà dit le sentiment de Vico à cet égard, et M. Giraud, rapprochant la religion de celle de l'Orient et de l'Égypte, voit dans la constitution des Étrusques un mélange de théocratie et de haute féodalité[1]; entre Rome naissante et notre moyen âge une frappante analogie[2]. Les vassaux, dit-il d'après Vico, qui prétend que du mot *vas* des Latins vient le mot *vassallus* du moyen âge; les vassaux étaient *vades*, c'est-à-dire obligés à suivre *les héros* partout où ils les menaient pour cultiver leurs terres.

M. Duruy parle-t-il de l'organisation de Rome sous la monarchie, se livre à des rapprochements qui l'engagent à confondre les clients avec les vassaux, les patriciens avec les tenanciers.

Il retrouve le même système en Grèce, et Creuzer nous le montre en vigueur dans la Cappadoce.

M. Michelet, moins absolu, reconnaît que les obligations des clients à l'égard du patron ne sont pas sans analogie avec celles des vassaux à l'égard du seigneur féodal.

La classe des clients et même celle des esclaves, soumis aux mêmes besoins, ont dû recourir aux mêmes ressources.

Ceux qui la composaient étaient à *même pot*, à *même feu*, à *même chanteau;* et comme ils ont, ainsi que les serfs du moyen âge, forcé la classe patricienne à les recevoir dans son sein; quand même, ce qui n'est pas, l'association, conséquence de leur état primitif, n'aurait pas été, à Rome, la loi générale du mariage, cette association, ce régime nuptial se seraient introduits dans la société romaine de la même manière qu'ils se sont introduits dans la société française, en admettant qu'ils n'aient pas eu, en France, une autre origine.

Et les lois qu'on a citées ne peuvent être considérées que comme le résultat du régime nuptial, comportant outre la dot,

[1] *Introduction*, p. 44.

[2] Il nous semble que Vico pensait juste lorsqu'il voyait une analogie frappante entre ces premiers temps de Rome et notre moyen âge. (*Introduction*, p. 45.)

alternativement la propriété du mari ou restituable, suivant ainsi les diverses phases de la civilisation et des mœurs romaines, la mise en communauté, ou ce régime seul à côté du régime dotal.

Mais ces textes, ces commentaires, ces considérations, quelque autorité qu'ils puissent avoir, se fortifient encore d'un grand nombre de définitions, de rites et d'usages appartenant en propre au droit romain.

Si la femme avait été dans cette situation subalterne qui l'aurait réduite à l'état d'une chose prescriptible, ou d'une acquisition, ou d'une sorte d'esclavage, aurait-on attaché une aussi grande importance à ce qui concernait et les fiançailles et le mariage?

Les conditions et les rites concernant les fiançailles suffisent à la formation d'un véritable Code, et se lient intimement avec les conditions et les rites concernant le mariage.

Quelle était donc, au dire des docteurs les plus éminents, cette dernière institution considérée à son point de vue général et indépendamment de ses diverses formes? C'était le lien le plus indissoluble que l'homme et la femme pussent former.

A la vérité, ces hommes qui ont étudié avec une admirable persévérance les institutions du peuple romain, se sont placés au point de vue chrétien; mais il faut remarquer qu'ils étaient rigoureux dans leurs jugements comme l'étaient alors les disciples de la réforme, et qu'ils ne se sont jamais séparés des textes des jurisconsultes romains, des lois et des institutions romaines.

Suivant eux le mariage, *matrimonium*, tire son origine du mot *mater*, auquel ils ajoutaient cet autre mot *omnium*: « Nam » sicut terra ex qua omnes fructus nascuntur, appellatur mater, » ita conjunctio illa maris et feminæ ex qua omnes homines » nascuntur, meritò dicenda est mater omnium; eamque appel- » lamus *matrimonium* id est *mater omnium* [1]. »

Nuptiæ vient de l'usage que les femmes observaient de se voiler lorsqu'elles étaient amenées devant celui qui devait les épouser : « Solebant enim veteres sponsas, quas adducebat » sponso, pudoris gratia obnubere. »

Il est vrai qu'on ajoute, et cela d'après saint Ambroise : « Mu-

[1] Beustius, p. 99.

» lier ergo debet velare caput ut ostendatur subjecta; » mais il est vrai aussi qu'on explique cette proposition et qu'on lui donne son véritable sens : « Mulier ex capite non est facta, ne esset » domina; neque ex pede, ne esset famula; sed ex costa ut esset » collateralis et quasi socia mariti [1]. »

Toutes ces définitions, qui se réduisent à exprimer et à caractériser l'union par le mariage, se résument, dans la pensée des anciens docteurs, par la définition de Justinien : « Nuptiæ » justæ : legitima conjunctio individua vitæ consuetudinem con- » tinens. »

De là la monogamie, non-seulement en vertu de la tradition religieuse, mais aussi en vertu des lois positives, et particulièrement de celles de Rome : « In regno Romano nemini permit- » titur simul et semel, duas uxores habere, et si quis contra » fuerit de jure civili, non solum fit infamis sed et pœna stupri » punitur [2]. »

De là aussi ces formalités symboliques qui annoncent à la femme qu'elle devient la compagne de l'homme; que celui-ci lui donne sa vie, qu'elle lui donne la sienne; qu'ils ne sont plus qu'un en deux personnes, langage commun au christianisme et au paganisme, mélange, à cet égard, de deux cultes en un seul.

C'est de là que vient la publicité du mariage, signe évident de la haute position de la femme, et que n'observent pas les peuples où elle est esclave et séquestrée; et l'anneau que lui donne le mari et qu'il reçoit d'elle, symbole de l'union des cœurs : d'où l'usage de le placer au quatrième doigt de la main gauche, qui a pris le nom d'*annulaire* : « Quia in eo vana quæ- » dam, ut fertur, sanguinis ad cor usquè pervenit [3]. »

De là les clefs de la maison données par le mari à la femme, et ces bandelettes de laine dont les époux sont entourés, celles qui étaient suspendues aux jambages de la porte de la demeure du mari, que la jeune épouse enduisait d'huile parfumée, opération qu'elle rendait commune au mari lui-même : « Uxor vel » ab ungendis postibus et figenda lana, id est, quòd cùm puellæ » nuberent, maritorum postes ungebant, ibique lanam figebant, » vel quòd maritos ipsæ ungebant. » C'est pour cela qu'elles étaient appelées *uxores*, quasi *unxores*.

[1] Beustius, p. 100 et 102.
[2] Dig., L. 2, ch. *De incest. et inutilib. nupt.*
[3] Melchior Kling, p. 297.

Images de l'égalité et de la communauté des époux, du mélange des deux personnes et de l'indissolubilité de leur union.

De là aussi cette action de toucher l'eau et le feu, les deux éléments symboliques de la reproduction, comme si, en vertu de cet acte d'alliance, ils appelaient la nature en témoignage de leurs serments.

Il est inutile de décrire ces solennités, entièrement liées au principe de l'association et de la communauté de sort entre les deux époux, dont la conséquence nécessaire était le régime de la communauté uni au régime dotal, et même indépendant de ce régime.

Ce régime de la communauté est donc d'origine romaine, et compris dans la législation romaine; et ce n'est pas une pensée téméraire que d'attribuer à l'influence de la loi et des mœurs romaines son introduction dans les mœurs d'abord, et ensuite dans la loi françaises.

Il n'est pas téméraire non plus, en terminant cette discussion, de rejeter l'opinion de M. Kœnigswarter repoussant cette origine.

« Quelques auteurs, dit-il, ont voulu attribuer l'origine de » la communauté de biens entre époux au droit romain, pré- » tendant que tel avait été ce régime sous les premiers rois. » Leur opinion se basait *principalement* sur un passage de Dion » d'Halicarnasse qui, en parlant de la femme *in manu*, la qua- » lifiait de *participante à tous les droits civils et religieux de* » *son mari*; — puis sur un endroit de Columelle sur les ma- » riages des anciens temps, ainsi conçu : Nihil conspiciebatur » in domo dividuum, nihil quod aut maritus aut fœmina pro- » prium esse juris sui diceret.

» Mais ces paroles ne constituent pas plus la communauté de » biens que les paroles du jurisconsulte Modestin qui définissent » le mariage : Conjunctio maris et fœminæ, consortium omnis » vitæ, divini et humani juris communicatio.

» Qu'avait su créer le droit romain avec cette sublime défi- » nition du mariage? s'écriait Klimrath : rien qu'un pouvoir exor- » bitant du mari, et par suite le régime dotal, c'est-à-dire un » système de défiance organisé contre lui, pour conserver du » moins les biens de la femme.

» En effet la femme, chez les Romains, n'a été à aucune » époque l'associée de son mari, quoiqu'une telle association

» conventionnelle ne fût pas plus défendue entre époux qu'entre » étrangers. C'est parce qu'une loi du Digeste traitait d'un cas » semblable de communauté que Brisson, Hotman et Bouhier » ont voulu attribuer l'origine de la communauté conjugale au » droit romain. »

Certes c'est aller bien loin que de repousser tous ces textes et de s'affranchir de l'autorité de ces hommes savants.

Mais Dion d'Halicarnasse, Columelle, Modestin, Brisson, Hotman, Bouhier, ne sont pas plus isolés que ces textes eux-mêmes; ils ne se sont pas appuyés sur eux seuls; ils ont examiné cette grave question en prenant l'ensemble des institutions romaines relatives aux fiançailles et au mariage; et c'est cet ensemble qui leur a fait adopter cette opinion.

Elle a été partagée par des noms modernes assez imposants, Mornac, Laurière, que ne cite pas M. Kœnigswarter; Grosley, Lebrun, Guichard, Pardessus et Mignet.

Tous se sont-ils trompés? Cette pensée ne peut être acceptée; il faudrait, pour qu'elle le fût, se séparer des preuves de l'existence du régime nuptial, de la communauté dans les lois, dans les rites et dans les mœurs du peuple romain. Il faudrait bien plus encore; il faudrait oublier tous les sentiments innés de l'homme, l'habileté de la faiblesse à se soustraire ou du moins à atténuer la domination de la force, le plaisir attaché à la protection, les entraînements du cœur et tous les éléments du contrat que la nature a formé entre l'homme et la femme, qui les attire l'un vers l'autre, les unit par un lien si puissant qu'il se convertit souvent par le renversement des rôles, et enlève le pouvoir à celui qui semblait devoir le posséder pour le faire passer à celle qui semblait devoir le subir.

EUGÈNE BIMBENET.

DE L'ERREUR DE DROIT.

Par M. Ernest Pochonnet, docteur en droit, substitut à Schelestadt.

(*Suite et fin* [1].)

SECTION IV.

De l'influence de l'erreur de droit sur les différents actes juridiques.

SOMMAIRE.

1. Quelle est la mesure de l'influence de l'erreur de droit sur la validité d'un acte déterminé?

§ 1. — Des différents actes juridiques. — Conventions.

2. L'erreur peut de diverses manières influer sur les conventions. — De la maxime *non videtur consentire qui errat.*
3. Quelle est l'erreur exclusive du consentement? Faut-il distinguer entre l'erreur de droit et l'erreur de fait? Opinion de Delvincourt.
4. L'erreur sur la substance peut-elle être une erreur de droit?
5. Et l'erreur sur l'objet?
6. Et l'erreur sur la personne?
7. C'est sur la cause des obligations que l'erreur de droit exerce généralement son influence.
8. Règle qui détermine l'influence de l'erreur de droit dans les conventions. — Applications.
9. Formules de Toullier, Merlin, et de M. Bressolles.

§ 2. — Du payement fait par suite d'une erreur de droit.

10. L'erreur de droit empeche-t-elle la répétition de l'indû? Comment le Code Napoléon a dû adopter implicitement la négative.
11. Du payement fait par erreur de droit d'une dette prescrite. — Quand une dette est-elle prescrite? — Une obligation naturelle survit-elle à l'obligation civile?
12. Obligations illicites. — Dettes de jeu. — Répétition.

§ 3. — Donations.

13. De quelle manière l'erreur de droit peut influer sur les donations. — Exemple.

§ 4. — Testaments.

14. Même observation applicable aux testaments.

§ 5. — Manifestations de volonté implicites.

15. Acceptation tacite d'une succession.
16. Confirmation tacite des obligations.

§ 6. — Partages.

17. Pourquoi le Code n'a pas fait de l'erreur une cause de nullité du partage. — Examen d'un arrêt.

[1] V. t. VIII, p. 165.

§ 7. — Des actes juridiques à l'égard desquels le Code Napoléon défend d'alléguer l'erreur de droit.
18. Aveu judiciaire.
19. Transaction.
20. Pourquoi l'article 2052 exclut-il l'erreur de droit? Conciliation des articles 2052 et 2054.
21. Application de cette théorie à une espèce jugée par la Cour de cassation.

1. Nous nous sommes expliqué plus haut sur le sens que paraît présenter ce texte du droit romain : *Error juris in damnis*, etc. De ce passage nous avons rapproché cet autre, qui est l'expression de la même pensée : *Juris ignorantia suum petentibus non nocet.*

Par application du principe écrit dans ces textes, nous dirons avec M. Bressolles [1] :

Que celui qui s'est contenté d'une part héréditaire moindre que celle à laquelle il avait droit de prétendre, peut en réclamer le complément tant qu'il n'a pas encouru la déchéance qui résulte de la prescription;

Que (sous la même réserve) celui qui, par erreur de droit, s'est cru pendant plusieurs années exclu d'une succession à laquelle il était appelé, n'est pas pour cela irrecevable à la revendiquer. Quel titre, en effet, ses adversaires pourraient-ils opposer à cette prétention? Le droit du réclamant n'est-il plus entier?

Chaque fois qu'il s'agit d'apprécier l'influence de l'erreur de droit dans une hypothèse donnée, il suffit de se poser ces deux questions : 1° Quelles sont les conditions exigées par la loi pour la validité de l'acte juridique à l'occasion duquel l'erreur est invoquée? 2° Toutes ces conditions subsistent-elles nonobstant l'erreur?

Appliquons aux différents actes juridiques cette règle, qui du reste ne se restreint pas à l'erreur de droit, mais qui est la mesure générale de l'influence de l'erreur.

§ 1. — Des différents actes juridiques. — Conventions.

2. Nous commencerons par les contrats à l'égard desquels la théorie de l'erreur nécessite quelques développements.

Une convention n'est parfaite qu'autant qu'on y voit réunis : le consentement des parties contractantes, — leur capacité de s'o-

[1] *Revue de législation*, XVIII, p. 175.

bliger, — un objet certain qui forme la matière de l'engagement, — une cause licite dans l'obligation (art. 1108 C. Nap.).

Comme une convention résulte de l'accord arrêté entre deux ou plusieurs personnes sur un objet d'intérêt juridique, il ne suffit pas de la manifestation de deux ou plusieurs volontés exprimées ; il faut que ces volontés convergent vers le même objet. Si vous croyez que je vous vends mon cheval, alors que j'entends seulement vous le prêter, il n'y a pas consentement; au contraire, il y a dissentiment, et partant pas de convention.

L'erreur, — nous le savons, — peut se manifester de différentes manières et avec des influences diverses. Elle peut tomber sur l'objet même de la convention, sur sa substance, ses qualités, sa valeur, sur la nature de l'affaire, sur la personne et sur le motif déterminant.

Voyons les dispositions du Code Napoléon sur la matière.

Il n'y a pas de consentement valable, — dit l'article 1109, — si le consentement n'a été donné que par erreur.

Cet article est la traduction exacte du vieil adage reproduit différentes fois, en termes à peu près semblables, dans le corps du droit romain : *Non videtur consentire qui errat.* Eh bien! cette maxime est fausse dans sa généralité. Il s'en faut qu'une erreur quelconque soit exclusive de la volonté. L'axiome *nulla voluntas errantis est,* comme on l'exprime encore, n'est applicable, dans le droit romain comme dans notre législation, qu'à certains cas et dans certaines limites.

3. Mais quelle est cette erreur qui a la puissance d'exclure le consentement? L'article 1110 nous l'apprend : l'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. Elle n'est point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention.

Ainsi se trouvent exclues : *L'erreur sur les qualités et la valeur de l'objet.* Une erreur de cette nature peut donner lieu soit à l'action rédhibitoire, soit à l'action en rescision pour cause de lésion ; elle peut avoir été provoquée par dol. Mais nous n'avons à nous occuper ni de la théorie de la lésion, ni de celle du dol;

L'erreur sur la personne dont la considération n'a pas été la cause principale de la convention;

L'erreur sur le motif déterminant : elle n'empêche pas le concours des volontés, et ne met pas obstacle à la validité des conventions qui réunissent d'ailleurs les autres conditions exigées par la loi [1]. Que le motif déterminant soit le produit d'une erreur de droit, peu importe ; peu importe aussi que le motif erroné soit particulier à l'une des parties ou commun aux contractants, ainsi que nous l'avons indiqué ailleurs en critiquant une opinion de M. Pardessus.

Le Code Napoléon ne mentionne pas l'erreur qui porterait sur l'existence même de l'objet, ni l'erreur sur la nature de l'affaire ; mais il est hors de doute que l'une et l'autre empêchent la naissance même de la convention.

Le Code, dans les articles cités, parle de l'erreur en général : ces dispositions comprennent-elles l'erreur de droit?

La question semble résolue tout de suite par cette règle élémentaire d'interprétation : *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.* Cependant, telle est l'influence exercée sur certains esprits par les doctrines abandonnées, que nous retrouvons dans l'ouvrage de M. Delvincourt sur le Code Napoléon, les règles que le Code a implicitement proscrites. A celui qui allègue l'erreur de droit, M. Delvincourt répond toujours avec la sévérité d'un jurisconsulte romain : *Error juris nocet.* Les auteurs tirent en général des articles 1356 et 2052 un argument *a contrario,* et regardent les dispositions relatives à l'erreur de droit en matière d'aveu judiciaire et de transaction comme exceptionnellement édictées en vue de motifs spéciaux ; M. Delvincourt, de son côté, prétend étayer son système sur les mêmes articles : il les considère comme des applications du principe inflexible qui vient d'être rappelé, applications qu'il étend, par argument *a pari,* à tous les cas où le Code n'a pas distingué entre les deux espèces d'erreur.

Cette théorie n'a plus aujourd'hui de défenseurs. Tenons donc pour certain que la rédaction générale des articles 1109 et 1110 ne permet pas de faire une distinction entre l'erreur de fait et l'erreur de droit. Il résulterait par conséquent des termes de ces deux articles que l'erreur sur la substance, et en certains cas l'erreur sur la personne, est une cause de nullité, qu'elle soit de fait ou de droit.

[1] Cass. rej., 1er mars 1853 (D. P., 1853, 1, 134).

4. Mais l'erreur sur la substance peut-elle être une erreur de droit? M. Duranton[1] cite bien un exemple d'erreur de droit qui, selon lui, porte sur la substance. Il s'agit de partage de succession : « Si l'erreur, dit cet auteur, consistait à croire hé-» ritier celui qui ne l'est pas, elle tomberait sur la substance » même de l'acte de partage, parce qu'il ne peut y avoir partage » de succession qu'entre cohéritiers..... » Mais il n'est pas exact de dire qu'il y a là une erreur qui vicie le partage; car, ainsi que nous le verrons plus loin, il n'y a pas de partage quant aux objets indûment attribués au faux héritier.

5. L'erreur de droit se comprend quand il s'agit d'un objet incorporel. Ainsi je vous cède ma part dans la succession de Pierre; mais cette part, que je croyais n'être que d'un tiers, est de la moitié aux termes de la loi. Il est évident que la cession ne pourra être maintenue, si j'établis mon erreur. J'ai cru vous vendre une quantité représentée par un tiers, vous avez entendu acquérir une moitié; il y a là un véritable *dissensus in corpore* qui empêche le lien de droit de se former.

6. Conçoit-on l'erreur de droit sur la personne? Supposons que, par ignorance de la loi, je vous croie héritier de Pierre, auquel je devais 500 francs, et que je souscrive à votre profit, en vue de m'acquitter, un billet de pareille somme. Ce n'est pas sur la personne physique que je me suis trompé; mon erreur porte sur la qualité d'héritier dont je vous ai revêtu à tort. S'il y a erreur sur la personne civile de l'héritier, n'y a-t-il pas aussi, abstraction faite de cette erreur, défaut de cause dans la convention? Et sans invoquer directement mon ignorance de la loi, ne pourrai-je pas répondre à la réclamation de celui que j'ai cru héritier : « Je me suis engagé envers vous pour satisfaire » à une prétendue obligation antérieure qui n'existait pas : mon » engagement est donc destitué de cause, et par conséquent in-» existant? »

Et qu'on ne s'y trompe pas : il n'est pas indifférent d'invoquer l'erreur sur la personne ou le défaut de cause. L'erreur sur la personne rend l'acte annulable; le défaut de cause le fait considérer comme n'ayant jamais existé, comme non avenu[2]. Ni le

[1] T. VII, n° 553.

[1] Zachariæ, II, p. 475. — Art. 1110 et 1131 du Code Napoléon. — On voit cette distinction poindre et se développer sous l'influence de l'équité prétorienne et des fictions des jurisconsultes. Le droit civil romain, rigoureux et

consentement ultérieur des parties, ni la prescription ne peuvent donner la vie à un acte dont le principe est le néant. Au contraire l'action en nullité peut être effacée, soit par la volonté des parties, soit par la prescription : l'article 1117 suppose l'acte annulable subsistant dans toute sa force avant l'exercice de l'action en nullité.

7. Si les termes de l'article 1110, qui caractérisent l'erreur capable d'entraîner la nullité, sont rarement applicables à l'erreur de droit, nous allons voir néanmoins qu'une telle erreur peut affecter souvent l'une des conditions vitales des conventions.

Outre le consentement, la capacité et un objet certain, l'article 1108 exige « une cause licite » comme condition essentielle d'une convention. Et plus loin, l'article 1131 dispose que « l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet. »

Nous sommes arrivés au siége principal de la théorie de l'erreur de droit en matière de conventions. En effet, des développements qui précèdent il faut tirer cette conclusion, que l'erreur de droit porte le plus souvent soit sur le motif déterminant, soit sur la cause. Or le motif erroné, — nous le savons, — qu'il procède d'une erreur de fait ou de l'ignorance de la loi, n'a pas par lui seul d'influence juridique.

Reste donc l'erreur sur la cause. Mais quelle idée le législateur français exprime-t-il par ce mot : la *cause* d'une convention? Il ne peut plus être question aujourd'hui des *causæ obligandi* du droit romain. Dirons-nous avec Toullier [1], qui confond tour à tour la cause avec le motif déterminant et avec l'objet, que « la cause est le motif qui détermine à faire une promesse, » le *pourquoi* elle a été faite? » Les explications données plus haut montrent assez que nous nous séparons de la doctrine de Toullier. L'exemple qu'il cite vient d'ailleurs à l'appui du reproche de confusion que nous formulions tout à l'heure : « J'a- » chète 50,000 francs la maison que vous possédez à Paris. Nous

formaliste, s'attachant bien moins à la réalité de la volonté qu'à sa manifestation extérieure, ne comportait que des nullités de forme, et ces nullités étaient radicales. C'est le préteur qui dut venir au secours des parties contraintes par la violence, trompées par la fraude, abusées par l'erreur, en inventant les restitutions en entier, l'action paulienne, etc.

[1] T. VI, n° 166.

» apprenons qu'elle a été incendiée deux jours avant le contrat : » le contrat est nul ; la cause n'existait pas lorsqu'il a été passé. » Sans doute le contrat sera sans effet, car il n'a pas d'*objet*. Il est bien vrai que dans les contrats à titre onéreux la cause a une relation intime avec l'objet, mais il ne faut pas les confondre en principe. L'objet est la prestation à laquelle l'une des parties s'oblige envers l'autre. La cause est le motif juridique que la loi présume, selon la nature de chaque convention, être celui qui détermine les parties à contracter [1]. Dans l'exemple de Toullier, la cause consiste pour l'acheteur dans l'acquisition de la propriété de la maison. A la vérité, l'objet n'existant plus, la cause disparaît avec lui ; mais la théorie ne doit pas moins les distinguer l'un de l'autre.

8. Voici la règle qui détermine l'influence de l'erreur de droit dans les conventions : Pour que l'erreur de droit rende une convention inefficace, il ne suffit pas qu'elle en ait été le motif déterminant, il faut en général [2] qu'elle porte sur la cause même de l'engagement. Ainsi, pour emprunter à Domat [3] un exemple tiré de la législation féodale, « Si celui qui achète un fief dans une coutume où il n'est dû aucun droit pour cette acquisition, va trouver le seigneur du fief dominant, et compose avec lui d'un droit de relief qu'il croit être dû, cette convention, qui n'a aucun fondement que cette erreur seule, n'obligera pas au droit de relief qui n'était pas dû. »

Autre exemple : Le débiteur d'un corps certain qui a péri par cas fortuit et avant toute mise en demeure, s'est obligé, dans l'ignorance de la loi qui le libérait, à payer au créancier une somme d'argent au lieu et place du corps certain ; le contrat sera sans effet, non en vertu de l'article 1109, mais par application de l'article 1131 : l'obligation n'a pas de cause.

9. Aussi le principe posé par Toullier [4] n'est-il pas exact : « L'erreur de droit annule la convention, lorsqu'elle a été le motif déterminant du consentement. » La règle suivante de Merlin [5] est trop vague : « L'erreur de droit annule quand l'obliga-

[1] Zachariæ, p. 474.

[2] Nous disons *en général*, parce que nous avons vu que l'erreur de droit peut tomber sur l'objet, quand cet objet est incorporel.

[3] *Lois civiles*, liv. I, tit. 18, sect. 1, n° 14.

[4] T. VI, n° 70.

[5] *Répertoire*, v° *Erreur*.

tion ou le payement qu'on a fait n'ont d'autre fondement que cette erreur; » car on ne voit pas bien clairement si Merlin a voulu faire allusion à la cause de l'obligation ou au motif déterminant.

M. Bressolles [1] apporte également sa formule : « ..... Si, en » fait, on se trompe sur le motif déterminant de l'obligation, il » n'y a pas de consentement (1109 C. civ.). Mais il faut que ce » soit bien sur le *motif déterminant* qu'ait porté cette erreur de » fait, sur la *substance* du contrat, et qu'il ne puisse avoir d'autre » *cause* que le fait erroné qui l'a déterminé. »

Si la règle de M. Bressolles est exacte, elle doit s'appliquer à l'erreur de droit comme à l'erreur de fait; car on sait que les deux espèces d'erreur n'ont d'influence sur le sort des actes qu'autant qu'elles les dépouillent de l'une des conditions de leur validité.

Mais quel est le sens précis des observations de M. Bressolles? Le savant professeur a sans doute voulu exprimer que l'obligation est nulle, lorsque l'erreur sur le *motif déterminant* affecte en même temps la substance ou la *cause* de l'obligation. Quoi qu'il en soit, la proposition nous paraît pécher au point de vue de la netteté du langage juridique.

§ 2. — Du payement fait par suite d'une erreur de droit.

10. Après avoir parlé du sort des obligations entachées d'erreur de droit, occupons-nous des payements faits par suite de pareilles erreurs.

Chacun connaît la controverse fameuse élevée entre les interprètes des lois de Rome sur cette question : l'erreur de droit est-elle un obstacle à la répétition de ce qui a été indûment payé [2]? Dans un camp on trouve Cujas, Doneau, Voët; dans

[1] *Revue de législ.*, t. XVIII, p. 175.

[2] Affirmative : Cujac. opp., VII, 895; — Donellus, I, 21, § 12; — Voët, XII, 6, n° 7; — Heineccius, ad tit. *De cand. indeb.*; — Merlin, *Rép.*, v° *Ignorance*; — Savigny, III, app., n° 35; — Puchta, *Vorlesungen*, II, § 309.

Négative : Vinnius, I, 47; — d'Aguesseau, *Dissert. sur l'erreur de droit*, t. V de ses œuvres; — Mühlenbruch, *Doctr. Pandect.*, § 380. — Nous devons ajouter Dumoulin, lequel, empruntant à la glose ses vaines distinctions (*indebitum civiliter et naturaliter, indebitum civiliter tantùm, indebitum naturaliter tantùm*), admet, même au cas d'erreur de droit, la répétition du premier, le seul du reste qui soit un véritable *indebitum*. (Ad lib. IV, tit. 5, *Cod. Just.*; Opp. III, p. 640.)

l'autre, Vinnius et d'Aguesseau. Pothier hésite, et, dans ses *Pandectes*, soutient l'opinion qu'il combat dans son *Traité de bienfaisance*[1].

M. de Savigny[2] a de nos jours résumé le débat avec toutes les ressources de son grand talent d'interprétation. Après avoir apprécié les arguments du système contraire, l'éminent jurisconsulte se range du côté de l'affirmative, enseignée, du reste, par la majorité des commentateurs.

Le Code Napoléon n'avait pas à prendre parti dans cette controverse : s'il a voulu que l'erreur de droit n'empêchât pas la répétition, ce n'est pas qu'il ait préféré l'opinion de d'Aguesseau à celle de Cujas, c'est parce qu'il a dû rester fidèle à son principe, qui consiste à ne pas mettre de différence, quant aux effets juridiques, entre l'erreur de fait et l'erreur de droit.

M. Delvincourt seul, conséquent avec son système, a voulu lutter contre la volonté formelle du législateur (art. 1377 C. Nap.), d'accorder à la personne qui, par une erreur quelconque, a payé ce qu'elle ne devait pas, le droit de répétition contre le prétendu créancier. Mais M. Delvincourt est resté seul de son avis : la doctrine et la jurisprudence ont donné raison aux vrais principes.

Aussi est-il aujourd'hui hors de controverse qu'une somme payée par suite d'une erreur, soit de fait, soit de droit, doit être restituée même par celui qui l'a reçue de bonne foi, la croyant réellement due.

Telle est la règle; passons aux applications.

11. C'est ici le lieu d'examiner si celui qui, par erreur de droit, a payé une dette prescrite, a le droit de répétition contre le créancier. Avant de résoudre cette question, fixons-nous bien sur le caractère de la prescription extinctive.

Et d'abord, comment opère la prescription? Est-elle un moyen d'éteindre la dette, *ipso facto*, par le seul écoulement du laps de temps exigé par la loi; ou bien ne confère-t-elle au débiteur qu'une exception à l'aide de laquelle il peut repousser la réclamation de son créancier.

M. Troplong[3] embrasse le premier parti : de la combinaison des articles 1284 et 2219 du Code Napoléon, l'éminent magis-

[1] *Traité de bienfaisance*, n° 162. — *Pandect.*, XXII, 6.
[2] T. III, app., n°s 5, 11, 35 et suiv.
[3] *Prescription*, I, p. 33 et suiv.

trat fait sortir cette doctrine, qu'une fois écoulé le laps de temps requis par la loi, « il ne reste rien de l'obligation, qu'elle est » anéantie dans sa cause comme dans ses effets, qu'elle dispa- » raît aussi radicalement que si elle avait été payée ou remise » expressément. »

L'opinion contraire nous semble préférable : le temps ne saurait être un moyen de libération. — Mais c'est ailleurs, disent les adversaires, que nous plaçons le principe de la prescription ; il est dans le silence du père de famille négligent. — Soit ; cette négligence, vous avez le droit de vous en faire une arme ; elle vous vaudra libération. Mais ne soyez pas négligent de votre côté ; n'allez pas, par ignorance de vos droits et de la loi, payer une dette que d'un mot vous pouviez effacer. Vous invoquez l'article 1234 du Code Napoléon, qui place la prescription sur la même ligne que le payement, et l'article 2219, qui définit la prescription : un moyen de se libérer *en accomplissant les conditions exigées par la loi.* — Eh bien! l'une de ces conditions n'est-elle pas celle-ci : c'est que ; pour produire son effet, la prescription doit être proposée par le débiteur? Quand le législateur a voulu (art. 1234) que les obligations prissent fin par la prescription, a-t-il bien entendu dire : par le seul fait de l'écoulement du temps déterminé par la loi? Ou ne faut-il pas plutôt compléter ainsi sa pensée : par la prescription qu'oppose le débiteur à la réclamation de son créancier[1]?

On dit que l'article 1234 assimile la prescription au payement. Mais il met aussi sur la même ligne la nullité et la rescision ; et cependant, où est la similitude? L'obligation éteinte par le payement a régulièrement fourni sa carrière ; elle est morte, — si l'on peut s'exprimer ainsi, — de mort naturelle ; au contraire, l'obligation annulée ou rescindée n'a jamais eu qu'une existence conditionnelle, menacée *ab initio* par l'action en nullité ou en rescision. Le triomphe de cette action a eu pour résultat, non pas d'éteindre l'obligation *ex nunc*, comme l'eût fait le payement, mais de briser rétroactivement le lien de droit qui a existé entre les parties, et d'obliger celles-ci à se restituer respectivement ce qu'elles ont perçu en exécution du contrat annulé ou rescindé. Bornons-nous donc à regretter, — mais sans tirer argument de cette confusion, — que l'article 1234

[1] *Arg.*, art. 2223.

ait réuni sous une même rubrique les diverses causes qui toutes mettent fin aux obligations, mais de différentes manières et avec des points de départ différents.

Ainsi les rédacteurs du Code eussent mieux fait, — selon nous, — de préférer à la définition de Domat celle de Pothier : « La prescription à l'effet de se libérer est une fin de non-recevoir qu'un débiteur peut opposer contre l'action du créancier » qui a négligé de l'exercer ou de faire reconnaître son droit » pendant le temps réglé par la loi [1]. » Quoi qu'il en soit, nous croyons fermement qu'aujourd'hui encore la prescription extinctive ne libère pas le débiteur de plein droit, à son insu, mais qu'elle lui donne seulement une exception qui oppose une barrière infranchissable aux poursuites de son créancier. Quel que soit le temps écoulé, l'obligation conserve son efficacité civile [2]; et celui-là qui, malgré la prescription acquise, a payé par ignorance de fait ou de droit, n'a fait que satisfaire à un engagement dans les liens duquel il se trouvait encore. Prétendrait-il, alléguant son erreur, se faire restituer au moyen de la *condictio indebiti?* Ce serait en vain, car il n'a fait que payer une dette parfaitement légitime; il n'y a pas là d'indû; en omettant d'exciper de la prescription, le débiteur s'est privé du droit d'invoquer dans l'avenir ce moyen de défense.

Et qu'on ne craigne pas qu'une pareille théorie diminue les avantages de la prescription : l'intérêt privé, d'ordinaire éclairé et vigilant, laissera rarement échapper l'occasion d'y recourir. Sans être tenu de se prosterner, avec Cassiodore [3], devant cette patronne du genre humain, on doit reconnaître l'utilité sociale et les bienfaits de la prescription; mais encore faut-il exiger, chez celui qui veut profiter d'une exception souvent peu favorable aux yeux de la morale, le soin exact de ses intérêts et la connaissance de la loi.

Le but de cette digression était d'établir qu'une dette n'est prescrite qu'autant que la prescription a été invoquée et reconnue. La question doit donc se poser ainsi : Le payement fait par erreur de droit d'une dette déclarée prescrite est-il sujet à répétition?

La dette déclarée prescrite est civilement éteinte. Mais une

[1] Pothier, sur la coutume d'Orléans, t. XIV, Introd., n° 1.
[2] Zachariæ, V, § 775. — Duranton, XXI, 107 et suiv.
[3] Humano generi patrona tricennalis præscriptio.....

obligation naturelle survit-elle à l'obligation civile? M. Troplong pense que le seul écoulement du temps exigé pour la prescription éteint du même coup l'obligation civile et l'obligation naturelle. Ce système est déjà réfuté par les conséquences qu'il entraînerait; car, pour n'en citer qu'une, les tribunaux devraient, à raison de l'absence de cause, refuser de reconnaître l'existence juridique d'une obligation souscrite en vue d'une dette antérieure éteinte par la prescription. Ce même système est d'ailleurs, ainsi que le fait remarquer M. Marcadé [1], contredit par M. Troplong lui-même, qui admet (n° 34) la novation d'une obligation éteinte par la prescription.

Il reste donc, après l'extinction de la dette déclarée prescrite, une obligation naturelle à l'égard de laquelle, si elle a été volontairement acquittée, la répétition n'est pas admise, aux termes de l'article 1235 du Code Napoléon. La volonté de s'acquitter de cette obligation naturelle devra toujours être présumée, et les juges n'admettront pas l'allégation de l'erreur de droit sur les effets juridiques d'une pareille obligation [2]. Néanmoins, remarquons en passant que, si l'on conçoit facilement qu'un héritier assigné en payement d'une dette contractée par son auteur, et déclarée prescrite du vivant de celui-ci, ignore le fait de cette libération, on ne comprendrait guère que, sachant que la dette a été déclarée prescrite, cet héritier pût se croire encore obligé devant la loi. Il est donc difficile d'imaginer une hypothèse dans laquelle le payement d'une dette déclarée prescrite aurait eu pour cause l'ignorance de la loi.

12. *Quid* d'une somme payée en vertu d'une obligation sur cause illicite, et dont Pierre demanderait la restitution, sous prétexte qu'il n'a payé que parce qu'il se croyait civilement tenu? Il faut répondre avec le jurisconsulte Paul : *Ubi autem et dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti dicimus; veluti si pecunia detur ut male judicetur* [3]. Placés entre deux parties également indignes, le corrupteur et le juge corrompu, les tribunaux n'ont d'autre règle de conduite à suivre que celle-ci : *In pari causa turpitudinis, melior est conditio possidentis.* L'allégation de l'erreur de droit n'est pas de na-

[1] *Revue critique*, III, p. 692.

[2] Merlin, *Rép.*, v° *Prescription*, sect. 1, § 3. — Zachariæ, III, p. 184. — *Secus :* Troplong, *Prescription*, n° 33.

[3] L. 3, D., *De cond. ob turpem causam* (12, 5).

ture à rendre plus favorable la position de celui qui a payé.

L'article 1967 du Code Napoléon refuse au perdant le droit de répéter les dettes de jeu qu'il aurait volontairement payées, à moins qu'il n'y ait eu de la part du gagnant dol, supercherie ou escroquerie. En effet, si le jeu a été désordonné, sans frein, il y a une *turpis causa* qui empêche la répétition, par le motif qu'indique Paul. Si au contraire le jeu a été renfermé dans des bornes honnêtes, il n'y a plus de *turpis causa;* mais le jeu, même dans ce cas, ne saurait être, dit Portalis[1], du ressort des lois; il leur échappe par son objet et par son peu d'importance. Inutile d'ajouter que la position du perdant ne deviendrait pas meilleure, par cela qu'il offrirait de prouver qu'il n'a payé que par ignorance de la loi.

§ 3. — Donations.

13. Les règles relatives à l'erreur en matière de contrats en général s'appliquent aux donations. Nous avons vu que, dans les contrats, l'erreur de droit entraîne la nullité lorsqu'elle affecte la cause de l'engagement. Or quand il s'agit de donations, la cause consiste dans la volonté d'exercer une libéralité, *nullo jure cogente.* Elle repose donc sur un fait purement moral, à l'abri des atteintes de l'erreur de droit.

L'erreur sur le motif déterminant, — on le sait, — est ordinairement sans influence juridique. Toutefois, on devrait annuler une donation, si le motif indiqué pouvait être considéré comme une condition de la libéralité. Ainsi je fais une donation en faveur de Pierre que, par erreur de droit, je crois appelé à la tutelle récemment ouverte d'un mineur auquel je m'intéresse. L'acte exprime que je veux, par cette libéralité, reconnaître par avance les soins du tuteur futur, et stimuler son zèle dans l'accomplissement de ses fonctions. Un autre tuteur est désigné. Il est évident que j'ai entendu subordonner ma libéralité à l'exercice réel qui incomberait à Pierre des fonctions de tuteur, et que la donation sera non avenue, *defectu conditionis*[2].

[1] Exposé des motifs.

[2] Le droit romain n'admettait pas la répétition des choses données en vue de services qui n'ont pas été rendus (L. 65, § 2, D., *De condict. indeb.*, 12, 6). Le Code prussien, au contraire, contient cette disposition expresse que l'erreur dans le motif est une cause de nullité quand il s'agit de contrats purement lucratifs. (Savigny, III, app., n° 41.)

Il est bien entendu qu'une donation faite par acte sous seing privé ne saurait être maintenue, par le motif que les parties ignoraient que la loi exigeât un acte notarié pour la validité des donations. Ceci est une application du principe posé ailleurs, que l'erreur de droit peut bien être une cause de nullité, mais qu'elle n'a jamais la puissance de faire valider un acte nul selon la loi.

§ 4. — Testaments.

14. Nous aurons peu de chose à dire sur l'erreur en matière de testament. Elle peut tomber, soit sur la personne du légataire, soit sur ses qualités, soit sur le motif déterminant du legs.

Il est évident que, dans le premier cas, le legs est nul. Le légataire désigné sera écarté, parce que ce n'est pas lui que le testateur a voulu gratifier, et le testament ne profitera pas davantage à la personne qui était dans l'intention du testateur, car elle n'a pas été nommée. L'erreur sur la qualité sera une cause de nullité, si c'est en vue de cette qualité que la libéralité a eu lieu. L'erreur sur le nom n'emportera de nullité que s'il y a doute sur l'identité du légataire; mais, dans ces diverses hypothèses, il ne peut être question que d'erreur de fait.

Quant à l'erreur sur le motif déterminant, nous nous en référons à ce qui a été dit à l'égard des donations. Faisons remarquer encore qu'en droit romain le legs n'était pas nul, même quand il avait une erreur pour cause déterminante, *quia ratio legandi legato non cohæret;* mais le légataire était ordinairement repoussé par l'exception de dol, *si probetur alias legaturus non fuisse*[1].

§ 5. — Manifestations de volonté implicites : Acceptation tacite de succession; confirmation tacite des obligations.

15. Tout ce qui a été dit jusqu'à présent se rapporte aux manifestations de volonté expresses. Il est des cas où le législateur conclut de certains actes à l'existence de la volonté. On sait de quelle manière l'erreur de droit exerce son influence sur les actes juridiques. Nous avons fait déjà de nombreuses applications de la règle posée à cet égard.

En rapprochant la même règle de l'hypothèse de l'acceptation d'une succession, nous voyons que l'article 778 du Code

[1] L. 72, § 6, D., *De condit.* (35, 1).

Napoléon considère comme emportant acceptation tacite tout acte qui suppose nécessairement de la part de l'héritier l'intention d'accepter. Telle est la seule condition exigée par le Code pour qu'il y ait acceptation tacite. Peu importe d'ailleurs que l'héritier ait ignoré la portée de l'acte qu'on lui oppose : la loi a créé, à l'encontre de celui qui a fait acte d'héritier, une présomption absolue d'acceptation de l'hérédité.

Exemple : Un successible vend un objet héréditaire. Il doit être réputé héritier pur et simple. Pourrait-il écarter ce résultat en alléguant qu'il ne savait pas que la loi attachât une pareille conséquence à l'acte qu'il s'est permis? Évidemment non : ce principe est connu, que l'erreur de droit ne peut avoir pour effet de relever d'une déchéance prononcée par la loi. C'est le lieu d'appliquer la maxime *Error juris nocet.*

16. Le même *criterium* nous apprendra quelle peut être l'influence de l'erreur de droit en matière de confirmation tacite des obligations.

La confirmation tacite suppose : 1° l'exécution volontaire de l'obligation sujette à nullité ou à rescision ; 2° la connaissance du vice inhérent à l'obligation ; 3° l'intention de réparer ce vice.

Ainsi l'obligation que j'exécute volontairement est entachée d'un vice dont je connais l'existence ; mais j'ignore que ce vice est de nature à entraîner l'annulation de mon engagement. Grâce à cette erreur de droit, il n'y aura pas de ma part confirmation de l'obligation annulable : je n'ai pu avoir l'intention de réparer un vice qui, dans mon opinion, n'avait aucune force irritante.

§ 6. — Partages.

17. Le partage, dans les idées romaines, était un acte translatif de propriété : ce qui avait été indûment payé par suite d'un tel acte pouvait être répété par la *condictio indebiti;* mais, selon les règles admises en matière de *condictio indebiti*, on n'était pas admis à répéter la position attribuée à un copartageant par erreur de droit[1].

Le partage a un autre caractère dans notre législation actuelle : il est simplement déclaratif de propriété. Les cohéritiers puisent leur droit dans la loi, et non dans l'acte même de partage : celui-ci n'est efficace que dans les limites tracées par la

[1] Voët, *De famil. ercisc.*, cap. 14, n° 12.

loi. C'est ce principe fondamental qui nous aidera à apprécier l'influence de l'erreur de droit en matière de partage.

Les partages peuvent être rescindés pour cause de violence et de dol, dit l'article 887. Il peut aussi y avoir lieu à rescision, lorsqu'un des cohéritiers établit à son préjudice une lésion de plus du quart.

Le Code ne parle pas de l'erreur; il prévoit seulement (art. 887, *in fine*) le cas où un objet de la succession aurait été omis dans le partage : il y a lieu alors à un supplément de partage. Ce n'est pas sans raison que le législateur n'a pas mis l'erreur au nombre des causes de nullité. En effet, ou l'erreur a été provoquée par dol, ou bien il en est résulté une lésion de plus du quart : dans ces deux cas l'action en nullité et en rescision est admise, aux termes de l'article 887.

Dans les hypothèses où l'erreur n'est pas confondue avec le dol, ou ne se confond pas avec la lésion, il y a un autre moyen d'arriver, sans attaquer le partage, à la réparation de l'erreur.

Supposons que, par ignorance de droit, j'aie admis au partage d'une succession Pierre qui, aux termes de la loi, était exclu de l'hérédité. Éclairé plus tard, je demande que mon erreur soit réparée. Pierre ne pourra pas me répondre que la règle *Error juris nocet* est un obstacle à ma réclamation; car je serai en droit de lui dire : Où est votre titre pour conserver les objets héréditaires qui vous ont été attribués à tort? Dans ma volonté? Non assurément : il est clair que je n'ai pas eu l'intention de vous faire une libéralité. Dans l'acte de partage? Mais cet acte ne peut être que déclaratif d'un droit antérieur. Or ce droit, la loi vous le dénie : l'acte de partage n'a pu le reconnaître à votre profit; cet acte est donc non avenu à votre égard. Aussi n'est-il pas besoin d'en faire prononcer la nullité : l'action en pétition d'hérédité me sera ouverte pour me remettre en possession des objets indûment compris dans le partage.

Cette doctrine, qui est celle de MM. Aubry et Rau [1], eût trouvé son application dans une affaire jugée par la Cour de cassation, chambre civile, le 12 mars 1845 [2]. Il s'agissait d'un partage de communauté dans lequel un sieur Leroux avait compris des immeubles acquis par lui depuis la dissolution de la

[1] Zachariæ, IV, p. 409, notes 2 et 4.
[2] D. P., 1845, 1, 202.

communauté, persuadé qu'il était (cette croyance était exprimée dans l'acte) que le défaut d'inventaire après le décès de la femme emportait continuation de communauté. La Cour de Rennes, saisie de la question par l'appel de Leroux, avait prononcé la rescision du partage pour défaut de consentement et lésion de plus du quart, en même temps qu'elle consacrait dans ses motifs le principe que « les copartageants sont restituables contre l'erreur de droit. » La Cour de cassation, en rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt de Rennes, s'est approprié cette doctrine, qui nous paraît incompatible avec le caractère déclaratif du partage.

Disons d'abord que Leroux n'avait pas imprimé une bonne direction à son procès. En concluant à la rescision du partage pour lésion de plus du quart, il s'imposait le fardeau d'une preuve toujours périlleuse. Était-ce l'erreur de droit, motif déterminant de son consentement, qu'il devait invoquer pour obtenir la réparation du préjudice dont il se plaignait? Mais supposons un instant que Leroux eût, en pleine connaissance de cause, laissé comprendre dans la masse à partager les immeubles sur lesquels il avait un droit de propriété exclusif; son copartageant n'aurait pu prendre sa part de ces immeubles autrement qu'à titre de libéralité. Le consentement de Leroux eût été impuissant pour modifier la nature juridique de l'acte : l'eût-il voulu, ce n'est pas en qualité de copartageants que les héritiers de sa femme, — auxquels manquait le titre antérieur que le partage suppose, — seraient entrés en possession des immeubles dont lui seul était propriétaire. Le partage n'était pas juridiquement possible quant à ces immeubles.

Aussi Leroux n'avait-il qu'à intenter une action en revendication : sur ce terrain, il devenait inutile d'apprécier le caractère de l'erreur qui avait déterminé son consentement. La partie adverse devait être condamnée à délaisser des immeubles qu'elle n'avait aucun titre pour conserver, sauf, bien entendu, l'exception de garantie qui lui compétait, pour autant que le délaissement l'aurait réduite à une portion inférieure à sa portion légale.

§ 1. — Des actes juridiques à l'occasion desquels le Code Napoléon défend d'alléguer l'erreur de droit.

Le Code Napoléon ne fait mention de l'erreur de droit que dans les articles 1356 et 2052. Il a voulu rendre l'erreur de droit sans influence sur la validité de l'aveu judiciaire et des transactions.

Voyons quels sont les motifs qui ont engagé le législateur à édicter ces deux dispositions spéciales.

18. *Aveu judiciaire.* — L'aveu judiciaire ne peut être révoqué sous prétexte d'une erreur de droit (art. 1356). Il en était déjà ainsi sous la législation romaine[1].

Il n'est pas difficile de pénétrer le motif du législateur. Quel est, en effet, le but de l'aveu? C'est d'arriver à la constatation d'un fait. J'ai avoué que je vous devais 500 francs, ignorant que mon mandataire vous avait soldé : on conçoit que cet aveu devra être infirmé par la découverte de mon erreur; la vérité prévaudra sur mon aveu erroné. Mais comment l'erreur de droit influerait-elle sur l'aveu? Peut-elle empêcher la réalité du fait avoué? « J'ignorais, dit M. Bonnier[2], les conséquences que l'a-» veu devait entraîner pour moi; j'ai pu agir imprudemment; » mais de ce que la vérité m'est préjudiciable, il ne s'ensuit » nullement que je n'aie pas dit la vérité. »

D'ailleurs, offrir aux parties le moyen de revenir sur leurs aveux sous prétexte d'erreur de droit, ce serait s'exposer à voir remettre sans cesse en question les points sur lesquels la solution des litiges doit s'appuyer. On comprend qu'à raison des garanties qui entourent ceux qui viennent demander à la justice de prononcer sur leurs différends, la loi refuse d'écouter le plaideur qui veut se faire un moyen de son ignorance de la loi.

19. *Transactions.* — Comme toutes les conventions, la transaction exige le consentement des parties, un objet et une cause licite. L'objet, qui se confond avec la cause, est une contestation sur des droits douteux.

Ceci posé, cherchons à apprécier l'influence de l'erreur de droit sur la validité des transactions.

Le Code Napoléon contient, dans ses articles 2052, 2053 et 2054, les dispositions suivantes : Les transactions ne peuvent

[1] L. 2, D., *De confess.* (42, 2).
[2] *Traité de la preuve*, p. 260.

être attaquées pour cause d'erreur de droit. Néanmoins, une transaction peut être rescindée, lorsqu'il y a erreur dans la personne ou sur l'objet de la contestation. Il y a également lieu à l'action en rescision contre une transaction, lorsqu'elle a été faite en exécution d'un titre nul, à moins que les parties n'aient expressément traité sur la nullité.

Pour que la transaction ait une cause suffisante, il faut qu'elle soit motivée par la crainte d'un procès non encore engagé, ou le moindre doute sur l'issue d'un litige pendant. Déclarer nulle toujours une transaction intervenue sur procès même injuste, c'est contrarier les vues du législateur, qui n'a pas prétendu que la transaction ne consacrerait jamais d'erreurs, n'érigerait jamais en droits de simples prétentions. La question de savoir si l'objet de la transaction n'était pas susceptible d'être contesté est livrée à l'appréciation des tribunaux, lesquels, tout en se montrant à cet égard plus sévères que les lois romaines, ne devront pas annuler facilement une transaction comme destituée de cause [1].

L'erreur peut vicier le consentement; elle peut porter sur la personne, sur l'objet ou sur la cause de la transaction. L'erreur, quant au consentement, s'apprécie d'après les principes généraux ; l'erreur sur la personne et sur l'objet est prévue par l'article 2053.

20. Pourquoi l'article 2052 exclut-il l'erreur de droit? Raisonnons sur des exemples : « Une partie, — dit M. Troplong [2], — » propriétaire d'une succession, transige avec une personne » qui se dit, à tort et sans droit, seule propriétaire de cette » même succession. Celle-ci colore son droit de manière à faire » illusion. Mais ce n'est qu'une erreur, et tous les droits sont » en réalité dévolus à l'autre partie. Il n'importe : l'erreur de » droit ne viciera pas la transaction. » Pour quelle raison? C'est que le but de la transaction est atteint; c'est que le contrat est pleinement justifié par cela seul qu'il a mis fin au procès. Si l'erreur de droit pouvait être proposée, il arriverait que les parties, s'apercevant trop tard qu'elles ont sacrifié des droits

[1] Cùm te proponas cum sorore tuâ de hereditate transegisse... : *et si nulla fuisset quæstio hereditatis*, tamen *propter timorem litis* transactione interpositâ, pecunia recte cauta intelligetur..... (L. 2, C., *De transact.*) — Zachariæ, III, p. 137, note 2.

[2] *Comm. des transactions*, p. 651.

véritables, et consacré les injustes prétentions de leurs adversaires, feraient retentir les tribunaux de leurs plaintes, en appuyant tous les jours sur leur ignorance de la loi des demandes en restitution. Il faut opposer une barrière à ces réclamations : l'erreur de droit, il est vrai, a déterminé la partie à transiger, mais la transaction a terminé le procès ou l'a prévenu; c'est là une cause suffisante. *Satis lucratur qui a lite discedit.* L'erreur de droit n'a agi que comme motif déterminant; la cause et l'objet de la transaction restent entiers : la transaction elle-même est donc valable.

L'article 2054 admet l'action en nullité contre une transaction faite en exécution d'un titre nul..... Cet article a donné lieu à une controverse qui divise la doctrine. Certains auteurs, parmi lesquels M. Troplong [1], — et ils ont pour eux la jurisprudence, — sont d'avis que la nullité du titre ne peut motiver l'annulation de la transaction qu'autant que cette nullité a été ignorée par erreur de fait, et que l'article 2052 s'oppose à ce que l'erreur de droit soit prise en considération.

Pour emprunter encore un exemple à M. Troplong, supposons que Pierre et Paul transigent sur un testament qu'ils croient être le vœu suprême du défunt, tandis que le testament a été révoqué par un testament postérieur valable. « Dès que l'erreur » des contractants sera prouvée par la production du second » testament qui révoque le premier, — ajoute M. Troplong, — » la transaction s'écroulera; elle manque de cause, elle est le » fruit d'une erreur substantielle. » Oui, sans aucun doute; mais nous croyons de plus que la transaction serait encore non avenue, si la nullité du premier testament avait été ignorée par erreur de droit. Telle est l'hypothèse où, nonobstant l'existence connue du second testament, une transaction aurait été conclue, les parties n'étant pas bien sûres qu'un testament peut être révoqué par un testament postérieur. La transaction, produit de cette grossière ignorance, ne serait-elle pas, aussi bien que dans l'exemple précédent, entièrement dépourvue de cause? Ne serait-elle pas intervenue sur un titre nul?

Le titre nul, et sur la nullité duquel il n'a pas été expressément traité, c'est là en effet tout ce que l'article 2054 exige pour qu'il y ait lieu à l'action en nullité de la transaction. Que

[1] *Transact.*, p. 665 et suiv.

la nullité du titre ait été ignorée des parties par erreur de fait, qu'elle l'ait été par ignorance de la loi, peu importe, la question est ailleurs; le titre est nul, cela suffit; la transaction ne peut subsister : *elle n'a pas de cause*. Les articles 2052 et 2054 se concilient parfaitement dans notre système. Quelle est, en effet, la portée de l'article 2052? Il refuse d'écouter celui qui demande la nullité d'une transaction, sur le seul fondement qu'il n'y a consenti que par erreur de droit. Ainsi, en vertu de cet article, les transactions doivent être maintenues, bien que l'erreur de droit en ait été le motif déterminant, si elles ont une cause suffisante. Quant à l'article 2054, il ne s'inquiète pas de savoir quel a pu être le motif déterminant des transactions; il envisage séparément, abstraction faite de ce motif, l'un des éléments essentiels de la transaction, *la cause*, et il ne fait en définitive qu'appliquer au cas particulier de la transaction le principe général de l'article 1131 : l'obligation sans cause ne peut avoir aucun effet.

21. Cette théorie s'adapte parfaitement à une espèce jugée par la Cour de cassation, le 22 juillet 1811[1]. La demoiselle Cabiro avait été envoyée en possession des biens du sieur Cabiro, son oncle, prêtre déporté, en vertu de la loi du 22 fructidor an III, attributive d'une véritable propriété en faveur des héritiers présomptifs des déportés. Elle épousa ensuite un sieur Caussade : le contrat de mariage contenait au profit du survivant donation des biens de l'époux prédécédé. Plus tard, le sieur Cabiro, rentré en France, vint habiter avec les conjoints Caussade une maison qui lui avait appartenu. En l'an XIII, la mort de la dame Caussade donna ouverture à la donation en faveur de son mari. Dès ce moment la bonne intelligence cessa de régner entre Caussade et Cabiro : celui-ci expulsa son neveu de la maison. Caussade résista, en opposant sa qualité de donataire de sa femme, et en cet état intervint entre les parties un acte qualifié transaction, dont le sieur Caussade demanda dans la suite la nullité. Cette demande s'appuyait sur plusieurs moyens, notamment sur la fausseté de la cause.

La Cour d'Agen accueillit ce dernier moyen, et annula la transaction, par application de l'article 1131 du Code Napoléon. Cet arrêt, déféré à la Cour de cassation, fut, contrairement aux

[1] *Journal du Palais*, IX, p. 481.

conclusions de Merlin, cassé pour fausse application de l'article 1131 et violation de l'article 2052, en ce que la Cour d'Agen, en paraissant n'annuler la transaction que sous le prétexte de défaut de cause ou de fausseté de la cause, l'avait cependant annulée pour erreur de droit et lésion.

D'une part, la position de Cabiro était des plus favorables en équité. Il venait réclamer un lambeau du patrimoine dont une loi révolutionnaire l'avait dépouillé, et il plaidait contre l'homme qui était devenu le bénéficiaire de cette spoliation. Mais, d'un autre côté, le droit de Caussade n'avait rien de douteux : le législateur de l'an III avait attribué, en pleine propriété, les biens de Cabiro à sa nièce, et celle-ci avait institué son mari son héritier contractuel. Il était donc difficile de maintenir, au moins comme transaction, l'accord consenti entre les parties. *Quæ transactiones appellantur, propriè tamen tales non sunt, propter juris certitudinem*[1]. Le défaut de cause était manifeste. Caussade avait-il ignoré l'existence ou les effets de la loi du 22 fructidor? Cela n'était pas à rechercher; la transaction n'en était pas moins nulle. Le demandeur n'avait pas d'erreur à alléguer, et la Cour de cassation ne devait pas se préoccuper du motif qui avait décidé le consentement de Caussade. En analysant le contrat, elle eût aperçu le côté défectueux, l'absence de cause : la transaction manquait de sa base essentielle.

Aussi nous pensons que c'est à tort que la Cour suprême, contre l'avis de son illustre procureur général, a condamné la doctrine de la Cour d'Agen.

SECTION V.

De l'influence de l'erreur de droit quant à l'appréciation de la bonne foi.

SOMMAIRE.

1. Il n'y a qu'une seule espèce de bonne foi, et l'erreur de droit ne l'exclut pas.
2. Application de cette règle : Au mariage putatif;
3. A la perception de fruits;
4. A l'usucapion par dix et vingt ans.
5. Hésitations et contradictions de la jurisprudence.

1. Il est vraiment surprenant de voir de savants auteurs étayer leurs opinions, et des corps judiciaires baser leurs décisions sur ce principe paradoxal : l'erreur de droit exclut la bonne foi.

[1] D'Argentré, sur l'article 266 de la coutume de Bretagne, chap. 3.

Pour justifier une telle proposition, on met en avant l'axiome que nous connaissons : *Nul n'est censé ignorer la loi;* mais on oublie que cette doctrine contredit le sens commun, qui nous crie que celui-là est de bonne foi qui a cru faire une chose licite, ignorant la prohibition de la loi. Telle est la notion élémentaire et exacte de la bonne foi, dont l'appréciation, toute de fait, appartient à la sagesse des tribunaux. Que ceux-ci se montrent sévères à l'égard de celui qui allègue l'erreur de droit, il faut applaudir à cette rigueur salutaire; que les juges, par exemple, refusent d'écouter celui qui, ayant contracté avec un mineur, offrirait de prouver qu'il croyait le mineur investi par la loi d'une entière capacité : une pareille ignorance peut assurément passer pour une faute lourde, et ce serait autant que jamais le cas de dire : *Culpa lata dolo æquiparatur*. Mais la pratique fournit de temps à autre des exemples dans lesquels l'erreur de droit se comprend, et par suite s'excuse facilement. Aussi faut-il rejeter cette théorie qui n'admet pas qu'on puisse, de bonne foi, se trouver en opposition avec une loi, et qui se croit victorieuse parce qu'elle s'est retranchée derrière cette règle qu'elle interprète à contresens : *Nemo jus ignorare censetur.*

Cette vérité vulgaire est de tous les temps. Elle est ainsi mise en relief par un auteur du XVIe siècle[1] : « Primum etenim illud » constitutum sit, malam vel bonam fidem ad factum pertinere... » Si ego vere opinor rem a me possessam meam esse, utcumque » sit, etiamsi ego juris errore deceptus id existimem, non po- » test jus efficere quòd ego sciam, rem hanc a me possessam » alienam esse, et ideo ex hac causa sim malæ fidei possessor. »

La bonne foi est donc un fait moral dont l'appréciation souveraine relève de la raison et de la conscience du juge. C'est dire assez qu'à notre sens il n'existe qu'une seule espèce de bonne foi, et qu'il faut repousser toute distinction du genre de celle que font les canonistes entre la bonne foi commune, qu'il faut reconnaître toutes les fois que l'erreur est exempte de péché, et la bonne foi juridique qui, même sans qu'il y ait péché, n'est pas réputée exister chez celui *qui aliquid contra legum interdicta mercatur*[2].

[1] Ce passage est de Covarruvias (I, p. 466), qui a donné à la matière des développements assez étendus, non sans justifier, par le luxe des divisions et des subtilités, le surnom qui lui a été donné de *Bartole espagnol.*

[2] Pyrhing, *Jus canonicum*, lib. III, tit. 26, n° 59.

En attribuant ainsi à cette expression de *bonne foi* la seule signification qu'elle comporte, il nous sera facile de déterminer l'influence qu'il convient d'attribuer à l'erreur de droit en matière de mariage putatif, de perception de fruits et d'usucapion.

2. *Mariage putatif.* — Le mariage annulé, que les époux ou l'un d'eux, par ignorance de la loi, ont cru valable en le contractant, doit-il être considéré comme mariage putatif? En d'autres termes, l'erreur de droit est-elle compatible avec la bonne foi exigée par les articles 201 et 202 du Code Napoléon?

La majorité des auteurs [1] enseigne la négative : l'erreur invoquée à l'appui de la bonne foi, — disent-ils, — doit être excusable, et l'erreur de droit ne l'est pas. Nul n'est censé ignorer la loi.

Nous avons déjà réfuté ce raisonnement, qui du reste a été répudié par la doctrine moderne [2]. La loi n'exige d'autre condition que la bonne foi, laquelle consiste dans l'gnorance des vices dont le mariage est entaché. Quant à la règle *nemo jus*, etc., elle a seulement pour effet d'obliger celui qui allègue une erreur de droit à en apporter la preuve, à détruire par la preuve contraire la présomption légale de connaissance de la loi. Un mariage est annulé : les époux réclament les avantages du mariage putatif en s'appuyant sur leur ignorance du droit. S'ils prétendaient par ce moyen faire maintenir leur union, on leur répondrait que l'erreur n'a jamais la puissance de valider un acte qui ne réunit pas les conditions voulues par la loi, et qu'il n'y a rien dans notre législation d'analogue à la *erroris causæ probatio* du droit romain. Mais ce n'est pas là ce qu'ils demandent; ils veulent être mis en possession des avantages que la loi accorde à la bonne foi. Or ces avantages, on ne pourra les leur refuser quand ils auront détruit la présomption de mauvaise foi

[1] Delvincourt, I, p. 320. — Toullier, I, n° 658. — Favard, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. 5, § 3. — Vazeille, I, n° 272. — Duranton, II, n° 351. — On trouve plusieurs arrêts dans le même sens.

[2] Zachariæ, III, p. 245, note 6. — Marcadé, I, p. 522. — Demolombe, III, 357 et 359. — On peut citer dans le même sens un arrêt de la Cour de Paris, du 18 décembre 1837, et un autre de la Cour de Metz, du 7 février 1854 (D. P., 1854, 2, 217). L'arrêt de 1837 a été déféré à la Cour suprême, qui a rejeté le pourvoi sans se prononcer sur la question qui nous occupe (11 août 1841 : Devill., 41, 1, 616). Le rapporteur, M. Madier de Montjau, a essayé de la traiter, et s'est livré à quelques développements qui révèlent l'absence d'idées exactes et précises quant à cet objet.

qui s'élève contre eux. Toutefois, conformément à la restriction qui a déjà été indiquée, les juges ne devront pas admettre la preuve d'une erreur grossière et invraisemblable.

3. *Perception de fruits.* — D'après le droit romain, le possesseur de la chose d'autrui, quand il était de bonne foi, faisait siens les fruits récoltés et ceux qui étaient séparés du sol. L'erreur de droit, comme nous l'avons vu, ne le privait pas de ce bénéfice : c'était un démenti donné à la fameuse règle : *Juris ignorantia non prodest adquirere volentibus.*

Le Code Napoléon a consacré le même principe dans l'article 549 : le simple possesseur ne fait les fruits siens que dans le cas où il possède de bonne foi..... Et le possesseur est de bonne foi, — dit l'article 550, — quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices.

Qu'entend la loi par ces mots : un titre translatif de propriété? Fait-elle de la nécessité de ce titre une condition distincte de la bonne foi? Voici quelles sont, — selon nous, — les exigences de la loi : elle veut que le possesseur qui réclame les avantages attachés à la bonne foi fasse de son erreur une justification suffisante; pour cela il faut que son titre soit tel de sa nature qu'en le supposant exempt de vices et s'appliquant réellement à la chose possédée, il aurait eu la puissance de faire passer la propriété sur la tête du possesseur. Ainsi le titre nul, et même le titre putatif dont le possesseur a ignoré les vices, remplissent suffisamment le vœu de la loi [1]; le titre précaire est toujours exclu.

Il importe peu que le possesseur ait ignoré les vices de son titre par erreur de droit : l'article 550 ne distingue pas. Toutefois faudra-t-il, — répétons-le encore, — pour que les tribunaux en admettent la preuve, que l'ignorance alléguée ne constitue pas une faute lourde. *Neque enim prædo est, qui in jure errat, si neque dolus, neque* CRASSA JURIS IGNORANTIA *interveniat* [2].

Ainsi, et pour nous résumer, quiconque possède de bonne

[1] Arrêt de la Cour de Colmar, du 18 janvier 1850 (D. P., 1851, 2, 161). Dans l'espèce de cet arrêt, il s'agit de l'appréhension de bonne foi d'une succession par des neveux de la mère naturelle du *de cujus*, lesquels s'étaient crus les héritiers de celui-ci. Ici la possession, suffisante pour l'acquisition des fruits, n'aurait pu conduire les possesseurs à l'usucapion, à cause de l'absence du juste titre. Les défendeurs n'avaient qu'un titre putatif.

[2] *Codex Fabr.*, p. 798, déf. XXV.

foi *pro emptore*, *pro donato*, etc., c'est-à-dire en vertu d'une des causes qui transmettent la propriété, peut réclamer le bénéfice de l'article 549, quel que soit d'ailleurs le caractère de son erreur. Tout ce qu'exige la loi, c'est que le titre qu'on invoque, considéré d'une manière abstraite, soit un titre translatif de propriété[1].

4. *Usucapion par dix et vingt ans.* — Quand à la possession revêtue des caractères exigés par la loi se joint un juste titre et la bonne foi, le possesseur acquiert la propriété de l'immeuble d'autrui au bout de dix ou de vingt ans, selon la distinction établie par l'article 2265 du Code Napoléon.

Qu'est-ce que le juste titre? qu'est-ce que la bonne foi? Et quelle influence peut exercer, sur l'un ou sur l'autre, l'erreur de droit?

Le juste titre est celui qui eût transporté sur la tête du possesseur la propriété de la chose, si son auteur eût été le maître de cette chose, ou s'il avait eu le droit de l'aliéner.

Le titre peut être vicieux de deux manières : ou parce qu'il est nul, bien que capable par lui-même de transférer la propriété, ou, au contraire, parce qu'il est inhabile, bien que valable en lui-même, à rendre le possesseur propriétaire (*titre précaire*).

Quant à la bonne foi, elle consiste dans l'ignorance du droit d'autrui; elle peut être exprimée sous forme de condition négative : l'absence de mauvaise foi. C'est même cette forme qu'emploient les textes romains[2].

Nous inclinons à penser, avec plusieurs auteurs[3], que, dans le droit romain, la bonne foi et le titre ne formaient pas deux conditions distinctes. Quand la bonne foi apparaissait claire et évidente, quand l'erreur sur l'existence du titre ne portait pas sur un fait personnel au possesseur, on n'exigeait pas que la bonne foi fût appuyée d'un titre réel[4].

L'ignorance d'un fait personnel (*error facti proprii*) était tou-

[1] C'est ce qui a été méconnu à deux reprises par la Cour de Bourges. Arrêts des 28 août 1832 et 11 mars 1837 (Sirey, 34, 2, 38; 38. 2, 75).

[2] Bonæ fidei emptor esse videtur, qui ignoravit eam rem alienam esse..... (L. 109, D., *De verb. signif.*)

[3] Troplong, *Prescription*, II, p. 392. — Ducaurroy, *Inst. expl.*, I, p. 382 et suiv. — Savigny, III, app., n° 15.

[4] L. 11, D., *Pro emptore* (41, 4). — L. 9, D., *Pro leg.* (41, 8). — Comparez Savigny, III, p. 372, et Puchta, *Vorlesungen*, I, p. 314.

jours exclusive de l'usucapion. On pourrait dire que les conditions voulues en droit romain pour l'accomplissement de l'usucapion étaient : 1° la croyance à l'existence d'un titre ; 2° une erreur qui ne fût pas imputable au possesseur. Cette dernière condition excluait naturellement l'erreur de droit.

Si donc l'erreur de droit était un obstacle à l'usucapion, c'est qu'en général le droit romain la tenait pour inexcusable. Aussi cette défaveur devait-elle cesser dans la pratique, dit M. de Savigny, quand se présentaient les motifs d'indulgence indiqués par Labéon, ou bien lorsque l'erreur portait sur un point de droit controversé.

Quoi qu'il en soit, le Code Napoléon a fait du juste titre et de la bonne foi deux conditions distinctes et séparées ; et nous avons à voir de quelle manière l'erreur de droit peut influer sur l'une ou sur l'autre de ces conditions.

Nous savons déjà qu'elle n'est pas un obstacle à la bonne foi. Mais elle peut se rapporter à l'existence du titre, à sa nature ou à sa validité.

Dans les deux premiers cas, soit que j'aie cru à l'existence d'un titre que je n'avais pas, soit que j'aie regardé un titre précaire de sa nature comme translatif de propriété, l'usucapion n'est pas possible, car le titre putatif et le titre précaire ne sont jamais de justes titres.

Quid de l'erreur de droit sur la validité du titre ? Est-elle une cause d'indignité pour le possesseur ?

Il faut considérer d'abord de quelle espèce de nullité le titre est entaché.

Nous nous expliquons : l'article 2267 du Code Napoléon dispose que le titre nul par défaut de forme ne peut servir de base à la prescription de dix et vingt ans.

L'article 2267 ne parle que des nullités de forme. Le titre peut aussi être affecté de vices intrinsèques qui le rendent nul : c'est ainsi que les dispositions prohibées quant à leur genre, telles que les substitutions, et les conventions qui reposent sur des causes illicites, sont entachées d'une nullité absolue qui forme un obstacle invincible à l'usucapion.

Mais si le contrat est seulement vicié par le dol, l'erreur, etc., il est un juste titre à l'égard des tiers qui n'ont pas le droit d'en demander la nullité.

Les nullités de forme sont en général absolues. Mais il y a

des exceptions à cette règle : ainsi les nullités qui résultent de l'inobservation des formalités prescrites dans l'intérêt des mineurs ne sont que des nullités relatives. Le titre annulable demeure un juste titre au regard de tous ceux en faveur desquels la nullité n'a pas été créée.

Il y a donc des nullités de forme et des nullités de fond. Les unes et les autres peuvent être ou absolues, ou seulement relatives. Supposons le cas d'une nullité de forme relative : le possesseur qui ignorait les dispositions de la loi qui règle les formalités exigées, peut-il être considéré comme possesseur de bonne foi, et prescrire par dix ou vingt ans?

La négative, enseignée par Merlin[1], nous paraît inacceptable, en tant qu'on voudrait l'ériger en principe absolu. En effet, la question doit se décomposer de cette manière : le possesseur a-t-il un juste titre? est-il de bonne foi?

La convention, bien qu'affectée d'une nullité relative, est cependant un juste titre, — nous l'avons dit, — à l'encontre de ceux qui ne peuvent se prévaloir de la nullité[2].

Le possesseur est-il de bonne foi? C'est là une question de fait. La bonne foi peut être reconnue : les juges permettront la preuve de l'erreur de droit, si cette erreur a pu raisonnablement exister. Cette preuve faite, le possesseur aura rempli les conditions de la loi : il sera devenu propriétaire de l'immeuble par usucapion.

Exemple : Paul est originaire d'un pays où, comme autrefois à Rome, et en France dans la plupart des pays de droit écrit, la femme est, à l'égard des biens extradotaux, *dame* de ses droits, selon l'expression de Guy Coquille. Au lendemain de son établissement en France, il achète de Louise, femme mariée, non autorisée de son mari, pensant que cette autorisation n'est pas nécessaire, un immeuble qu'on croit être un paraphernal de Louise, mais qui en réalité appartient à Pierre. Après vingt ans, Pierre revendique son immeuble; Paul lui oppose la prescription. La résistance de Paul est-elle fondée? Il a acquis l'immeuble *a non domino*, en vertu d'un titre nul, il est vrai, mais

[1] *Répertoire*, v° *Prescription*, sect. 1, § 5, art. 1er.

[2] M. Troplong (*Prescription*, II, p. 435) émet cette opinion en citant d'Argentré (sur l'article 266 de la coutume de Bretagne, n° 11) : « Sunt igitur nullitates (privati respectus semper intelligo) approprimentorum impeditivæ respectu eorum quos contingunt; sed respectu extraneorum tales non sunt. »

d'une nullité relative seulement, et dont Pierre ne peut se prévaloir. Il a donc un juste titre à l'égard de Pierre. Il établit de plus son entière bonne foi : il peut être excusable d'avoir ignoré que l'autorisation maritale est nécessaire à la femme pour l'aliénation de ses paraphernaux. Paul ne réunit-il pas la bonne foi au juste titre? n'a-t-il pas rempli les conditions voulues pour prescrire par dix ou vingt ans?

Nous pensons donc que c'est arbitrairement qu'on veut ressusciter sous le Code Napoléon la règle du droit romain : *Error juris in usucapionibus non prodest.* Selon nous, l'erreur de droit qui laisserait subsister le juste titre, et dont les tribunaux jugeraient convenable d'admettre la preuve (tout en observant la restriction qui a été posée), ne serait pas non plus un obstacle à l'existence de la bonne foi.

5. Rien de plus simple que toute cette théorie de l'erreur de droit. Que si cependant on cherche un point d'appui dans la jurisprudence, on s'étonne de ne pas rencontrer dans les recueils un arrêt dans lequel on puisse lire l'expression d'un système de doctrine coordonné, et saisir l'application d'un principe nettement posé. L'incertitude, l'hésitation est partout, et les contradictions abondent.

En matière de perception de fruits, par exemple, on trouve un arrêt de cassation[1] qui pose en principe que « nul n'est admis à prétexter son ignorance de la loi. » Il est vrai que le procès s'agitait avec une commune qui invoquait une possession conservée en violation d'une loi formelle, et il eût été difficile d'accueillir une preuve d'ignorance de droit offerte par une personne morale placée sous la tutelle de l'administration.

Un arrêt de rejet de la chambre des requêtes[2] (il s'agissait de possession d'immeubles faisant l'objet d'une substitution prohibée) a décidé que la possession de la demanderesse, « en vertu d'un titre radicalement nul et faisant fraude à la loi, *n'avait pas un caractère de bonne foi de nature à lui conserver les fruits* recueillis par elle pendant son indue possession. »

Qu'est-ce à dire? y aurait-il deux espèces de bonne foi? On le croirait, car ce second arrêt ne conteste pas absolument à la demanderesse son caractère de bonne foi; il dit seulement que

[1] 4 février 1845 (D. P., 45, 1, 151).
[2] 30 novembre 1853 (D. P., 54, 1, 402).

cette bonne foi n'était pas « de nature à lui conserver..., etc. » Ou bien la Cour suprême a-t-elle voulu élever la présomption de connaissance de la loi en présomption absolue, et proscrire *de plano*, comme irrelevante, la preuve de l'erreur de droit?

M. Dalloz, dans ses annotations, trouve la solution de cet arrêt très-difficile à justifier; car la mauvaise foi, dit-il, ne doit pas se présumer. Puis M. Dalloz cite, à l'appui de sa manière de voir, un arrêt de la Cour de Rennes, du 19 mai 1849[1].

Entre ces deux doctrines contraires, se place celle dont il a été fait plusieurs applications dans le cours de ce travail. Sans aucun doute, le possesseur qui propose une erreur de droit a contre lui la présomption de l'article 1er du Code Napoléon. Personne n'est censé ignorer la loi; mais en règle, et quand le législateur n'en a pas ordonné autrement, les prescriptions légales tombent devant la preuve contraire : or aucune loi n'a fait de la présomption dont s'agit une présomption *juris et de jure*. Celui auquel on l'oppose peut donc être admis à la combattre.

A la vérité, la présomption de bonne foi est aussi une présomption légale : le Code Napoléon l'a formellement consacrée au titre spécial de la présomption (art. 2268). Il ne saurait y avoir d'antagonisme entre ces deux présomptions : laquelle des deux doit céder le pas à l'autre? L'importance sociale de la première, et la place que lui a donnée le législateur en l'inscrivant au frontispice de son œuvre, conduisent à la solution facile de cette question.

ERNEST POCHONNET.

[1] D. P., 52, 5, 296.

Quelques erreurs typographiques se sont glissées lors de l'impression de la première partie de ce travail (livraison de février dernier):

A la page 165, ligne 11, *au lieu de :* l'erreur sur la nature de l'objet, *il faut lire* : l'erreur sur la nature de *l'acte*.

A la page 166, ligne 21, *au lieu de :* contrats parfaitement libres, *il faut lire :* parfaitement *valides*.

A la page 173, ligne 31, *au lieu de :* en supposant maintenant l'acte, *il faut lire :* en supposant *maintenu* l'acte, etc.

DE L'EXERCICE DES DROITS D'UN DÉBITEUR PAR SON CRÉANCIER.

Par M. J.-E. Labbé, docteur en droit.

1. L'article 1166 a fait naître une assez vive controverse sur laquelle je demande la permission d'insister, parce qu'il me semble que les arguments tirés de l'ancien droit ont une force et une portée qui n'ont pas toujours été bien reconnues. Loin de répudier les travaux qui ont eu jusqu'à présent pour objet d'éclaircir le sens de cet article, j'en profiterai beaucoup et j'y puiserai les éléments de ma discussion.

2. Exposons d'abord l'état de la doctrine et de la jurisprudence sur la question.

Il s'agit de savoir si les créanciers sont dans la nécessité de se faire subroger par la justice dans les droits de leur débiteur qu'ils veulent exercer, ou s'ils trouvent dans la loi un mandat qui les autorise à exercer ces droits sans subrogation judiciaire.

Deux opinions sont en présence; elles sont déjà indiquées par la manière dont j'ai posé le problème.

La première, qui impose au créancier de se faire autoriser par la justice à exercer le droit de son débiteur, est enseignée par Proudhon (*Droit d'usufruit*, t. IV, nos 2236 et suiv.), par Zachariæ et ses annotateurs MM. Aubry et Rau (§ 312, notes 2, 3, 4), par M. Taulier (*Théorie*, t. IV, p. 309). Leur motif principal est que l'article 1166 est une conséquence du principe que tous les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et que, pour la réalisation de ce principe, un créancier ne peut pas se mettre de son autorité privée en possession des biens de son débiteur. L'article 788 du Code Napoléon leur paraît présenter une application de la règle qu'ils posent. Ajoutons que, dans la pensée de quelques-uns de ces auteurs, il n'est pas toujours nécessaire que l'autorisation du juge soit préalable à l'exercice de l'action du débiteur contre un tiers. Si le même tribunal est compétent pour statuer et sur la demande en subrogation et sur la poursuite à exercer au nom du débiteur, il sera saisi à la fois des deux questions et pourra les résoudre par un seul et même jugement[1].

[1] Zachariæ, *loc. cit.*, note 2. Comp. Proudhon, no 2246.

3. La seconde opinion, qui regarde le créancier comme étant le mandataire légal de son débiteur pour l'exercice des actions de ce dernier, est enseignée par M. Valette (V. M. Mourlon, *Rép. sur le second examen*, p. 520, note 2), par M. Bonnier (*Revue pratique*, t. I, p. 97); elle a été consacrée par plusieurs arrêts, notamment par deux arrêts de la Cour de cassation, l'un du 23 janvier 1849 (Devill., 49, 1, 53), l'autre du 2 juillet 1851 (Devill., 51, 1, 593)[1].

La Cour suprême a constamment motivé ses arrêts sur ce qu'aucune disposition de loi ne subordonne à un consentement émané du débiteur, ou à une autorisation de justice, l'exercice des actions ouvertes aux créanciers par l'article 1166.

4. Avant de nous prononcer entre des autorités si considérables de part et d'autre, recherchons l'origine historique de la disposition contenue dans l'article 1166 du Code Napoléon.

En droit romain, un créancier pouvait-il exercer une action de son débiteur, pour se payer ensuite sur le résultat de cette action? Quand et comment le pouvait-il? Il le pouvait au moment où, et de la manière dont il était autorisé à s'emparer du reste des biens de son débiteur, pour les convertir en argent à son profit. Il fallait donc d'abord que le débiteur eût été condamné envers le créancier, et fût en retard d'exécuter sa dette. Aussi le rescrit d'Antonin Caracalla, où l'on voit généralement la source de notre article (L. 2, C. 4, 15), commence-t-il par ces mots : « Si in causa judicati Valentis, quem tibi condem- » natum esse proponis, etc. » Du reste, le mode à suivre par le créancier a varié suivant les deux phases principales de la législation romaine à l'égard de l'exécution réelle des débiteurs condamnés.

5. Dans un premier état du droit, les créanciers de celui qui, dans un délai, n'a pu trouver de ressources pour se libérer des condamnations portées contre lui, sont, par le préteur, envoyés en possession du patrimoine de leur débiteur. Ces créanciers font choix d'une espèce de syndic, d'un *magister* qui prend la place du débiteur et agit dans l'intérêt de la masse[2]. Ce représentant a, *utilitatis causâ*, l'exercice des actions du débiteur, et il est poursuivi, également sous forme d'actions

[1] Comparez un arrêt de la Cour de cassation, du 26 juillet 1854 (Devill., 54, 1, 563).

[2] Gaius, comm. 3, § 79. — M. Ortolan, t. II, p. 105.

utiles, par ceux qui ont des droits à faire reconnaître à l'égard de ce même débiteur. C'est ce que nous dit Ulpien dans la loi 2, § 1, Dig. 42, 5, *De curat. bon. dando.* Cette loi doit être rapportée à la matière de la vente en masse des biens d'un débiteur, car elle parle de celui *cujus bona veneant*[1] : « Quasque per » eum eosve qui ita creatus creative essent acta, facta, gesta- » que sunt, rata habebuntur. Eisque actiones et in eos utiles » competunt. » Voilà de quelle manière, si le débiteur a des droits contestés à faire valoir, ils seront déduits en justice, constatés s'il y a lieu, et compris ensuite dans la vente des biens au profit des créanciers. Après la vente en masse, l'adjudicataire est, selon le droit prétorien, *successor in universum jus*, et il peut aussi exercer *utiliter* les droits du débiteur exproprié[2]. Probablement le *magister* se contentait de combattre les prétentions des tiers qui auraient nui à la vente, ou de faire reconnaître les droits incertains, afin de diminuer les chances de l'acheteur et d'obtenir un plus fort dividende.

6. A l'époque de Dioclétien, et à la suite de modifications successives dans le détail desquelles il est inutile d'entrer, la procédure change. Les biens du débiteur ne sont plus vendus en masse et moyennant un dividende à payer à tout créancier; mais chaque bien est vendu séparément et pour un prix fixe, jusqu'à ce que les créanciers soient désintéressés. Cette réalisation successive de l'actif, et la distribution du prix, sont confiées à un curateur nommé par le magistrat[3]. Ce curateur a la même mission et le même caractère que le *magister*, pour l'exercice des droits litigieux du débiteur. C'est pourquoi, dans le texte d'Ulpien dont j'ai cité une partie, au mot *magister*, employé sans doute par le jurisconsulte, les rédacteurs des Pandectes ont substitué le mot *curator*. Nous lisons dans le fragment 14, au Dig. *De rebus auct. jud. poss.* (42, 5) : « Credi- » tore in possessionem rerum debitoris misso, curator constitui » debet, si quædam actiones perituræ sunt. » Ainsi ce curateur est chargé d'exercer, dans l'intérêt des créanciers, les actions du débiteur, soit afin d'en répartir le produit, soit afin de vendre plus avantageusement des droits judiciairement constatés. Le

[1] Gaius, comm. 3, § 79, *in fine*.— Zimmern, trad. par M. Étienne, p. 248.

[2] Gaius, IV, § 35. — Théophile, lib. III, tit. 12. — M. Ortolan, t. II, p. 105 et 512.

[3] Zimmern, *loc. cit.*

débiteur est valablement représenté en justice, et ne peut pas remettre en question ce qui a été jugé contre le curateur. Tel est probablement le sens d'un rescrit des empereurs Antoninus (Marc-Aurèle) et Verus, qui décide : « Bonis per curatorem ex » senatus-consulto distractis, nullam actionem ex ante gesto » fraudatori competere. » (L. 4, D. 42, 7.)

7. Les modes précédents de poursuite convenaient au cas où des créanciers concouraient pour se partager l'actif d'un débiteur insolvable. Lorsque le préteur voulait protéger celui qui avait obtenu un jugement, contre la mauvaise volonté de la partie condamnée, « si qui tamen (comme dit la loi 31, au » Dig., *De re judic.*, 42, 1) per contumaciam magis quam quia » non possint explicare pecuniam, differant solutionem, » le préteur avait recours à un autre moyen ; il constituait, au profit du créancier, un droit de gage sur certains biens déterminés de son adversaire, « pignoribus captis, continue la loi déjà » citée, compellendi sunt ad satisfaciendum. » Sur l'ordre du magistrat, et par ses *officiales*, des gages étaient saisis, séquestrés pendant un certain temps, puis vendus pour l'exécution de la sentence.

Ce mode de procéder s'appliquait-il aux droits et actions du débiteur? Oui, mais seulement à défaut de biens corporels. Cela résulte de la loi 15, § 8, d'Ulpien, au Dig., *De re judic.* : « Sic quoque judices exsequentur judicatum, ut nomina jure » pignoris capiant, si nihil aliud sit quod capi possit : posse » enim nomen jure pignoris capi, Imperator noster res» cripsit. »

8. Que feront les officiers du magistrat? Intenteront-ils une action contre les tiers obligés envers le débiteur exécuté, et les forceront-ils au payement, ou bien vendront-ils les créances? Ils feront ce qui sera le plus convenable au but qu'ils poursuivent, eu égard aux circonstances. « Item quid dicemus? » Utrum ipsi judices convenient nomen, exigentque id quod » debetur et in causam judicati convertent ; an vero vendent » nomen, ut pignora corporalia solent? Et necesse est ut quod » eis facilius videatur ad rem exsequendam hoc faciant. » (*Loc. cit.*, § 10.)

Si les droits prétendus par le débiteur contre des tiers sont contestés par ceux-ci, suivra-t-on la même voie? Seront-ce les *officiales* qui soutiendront les procès? Non ; d'après un rescrit,

on ne doit saisir, à titre de gages, que des droits non contestables (*loc. cit.*, § 9). Mais que faire alors? La personne condamnée n'a peut-être dans son patrimoine que des prétentions à élever contre des tiers; c'est le cas de faire nommer un curateur qui exercera les actions. Cette combinaison est indiquée par la Glose sur la loi 2, C. 4, 15 : « Si quæras quid si mali-» tiose negat (le tiers contre lequel le débiteur prétend avoir un » droit)? Respondeo : dabitur curator bonis qui actiones moveat » et exerceat. »

9. Ce qui ressort de cet exposé rapide de la législation romaine, c'est que les droits et actions d'un débiteur étaient le gage de ses créanciers purs et simples, non moins que ses biens corporels.

C'est en second lieu que les droits et actions d'un débiteur ne pouvaient être exercés pour le compte de ses créanciers que dans les circonstances et aux conditions auxquelles les biens corporels pouvaient être saisis et vendus.

C'est enfin que si le magistrat intervenait pour donner son autorisation, cela tenait à ce que toute procédure en exécution de jugements se faisait sous la direction et la surveillance du magistrat. Peu importait, au reste, qu'il s'agît d'une action à intenter ou d'un bien corporel à mettre en vente; les formes et les garanties étaient les mêmes.

10. Remarquons qu'il ne saurait être question en droit romain de créanciers voulant accepter une succession échue à leur débiteur et dont celui-ci négligerait de faire adition. Car, si ce dernier eût positivement refusé d'acquérir, les créanciers n'auraient eu aucun moyen de vaincre ce refus. (L. 6, § 2, D. 42, 8.) Ils n'avaient pour gage que les biens acquis.

11. Les interprètes du droit romain ont fait sortir des textes que j'ai cités des principes presque entièrement conformes aux conclusions qui précèdent[1]. Doneau, sur la loi 2 au Code, lib. 4, tit. 15, a écrit : « Hoc rescriptum complectitur duas uti-» lissimas sententias. Prior sententia hæc est : si debitoris bona » creditori pignori obligata non sunt, vel conventione, vel lege, » nunquam creditor debitoris sui nondum condemnati debito-

[1] Cujas, *ad leg.* 3, *Cod.*, *De oblig. et act.*, 4, 10.—Perezius, *ad Cod.*, lib. 4, tit. 15.—J'ai cité Doneau parce que c'est un de ceux qui, en interprétant le droit romain, se sont préoccupés avec le plus de succès des besoins des sociétés modernes.

» rem convenire potest.... Altera sententia hic disertè expressa » est : si debitor à creditore conventus condemnatus est, tum » debitores condemnati jure à creditore conveniri possunt..... » Cum condemnatus pecuniam non solvit, sententia mandatur » exsecutioni, hoc modo ut bona condemnati pignori capiantur » et distrahantur, ut ex pretio rerum distractarum judicatis sa- » tisfiat.

» Condemnati debitoris debitores conveniri possunt a credi- » tore sed tribus conditionibus concurrentibus : prima conditio » est si ex causâ judicati bona capta sunt aut capi jussa.... » Secunda si nihil sit in bonis condemnati quod pignori capi » possit, aut, quod idem est, si quid sit sed non possit capi sine » quæstione.... Tertia conditio est ut vere debitor sit qui tan- » quam debitor condemnati convenitur....

» Quid si debitores illi verè debitores sint, sed malitiosè ne- » gent se esse debitores?.... In hâc inficiatione debitorum, » nomen eorum non capietur pignori.... Sed pignori dabitur. » Inter quæ hoc interest. Nam cum dicimus debitoris nomen » pignori capi, intelligimus capi cum effectu præsenti, ut scili- » cet statim conventi compellantur ad solutionem : quia fatentur » se esse debitores. At cum nomen tantùm pignori datur, hic » nihil amplius creditori datur quam actio adversus debitorem; » in quâ actione si debitor neget, non est statim vi compellen- » dus; sed ut est ordo judiciorum, prius conveniendus et con- » vincendus est, convictus condemnandus, tum deindè urgendus » ad solutionem.

» Quâ actione convenientur condemnati debitores qui cum » creditore nihil contraxerunt? Respondetur : convenientur eâ » actione quæ condemnato competeret adversus debitores suos, » quasi hæc actio in creditorem sit translata. Nam hæc in cre- » ditorem transfertur cum creditor debitorum nomen pignori » obligat. »

12. J'ai rapporté presqu'en entier ce passage malgré sa longueur, parce qu'il me paraît fort important. Il forme le trait d'union entre le droit romain et le droit moderne; il en marque la transition.

Un point sur lequel notre jurisconsulte maintient avec fermeté la doctrine romaine, c'est qu'un créancier ne peut exercer à son profit les créances et les actions de son débiteur que lors-

que ce dernier, en faute et en demeure à son égard, a été condamné envers lui.

Une forme de la procédure romaine que Doneau laisse habilement dans l'ombre, c'est la nécessité pour le créancier d'être représenté dans les contestations par un curateur nommé par le magistrat. Cette forme devait changer avec les règles de l'exécution forcée. Le créancier semble, en effet, autorisé à soutenir lui-même les procès au nom de son débiteur, par une analogie tirée de la dation en gage d'une créance, qui transfère de plein droit *utilitatis causâ* l'action du débiteur au créancier gagiste [1].

13. La jurisprudence française s'est établie sur ces principes. Duparc-Poullain suit la tradition avec une grande justesse d'idées quand il enseigne [2] : « Tout ce que nous allons dire a pour fondement le principe général que qui s'oblige oblige tous ses biens, » présents et futurs, meubles, immeubles, actions et droits.

» Ce principe fondé sur l'équité en produit deux autres : 1° en » général les créanciers peuvent exercer toutes les actions personnelles, réelles et mixtes qui appartiennent à leur débiteur, » à l'exception des droits absolument personnels tels que le retrait lignager et la choisie qui, ne pouvant pas être cédés à » des étrangers, ne peuvent pas être exercés par eux, 2°, etc. »

Il s'ensuit qu'intenter une action du chef de son débiteur, c'est faire l'équivalent de la saisie d'un bien corporel. Il faut donc remplir les mêmes conditions, se trouver placé dans les mêmes circonstances relativement au débiteur.

14. Il a été toutefois, sous un rapport, dérogé au droit romain par notre ancienne jurisprudence. Il n'a plus été nécessaire que le débiteur condamné eût été préalablement discuté dans ses autres biens. L'ordre que le créancier devait suivre et qui dirigeait son action d'abord sur les meubles, ensuite sur les immeubles, enfin sur les droits et créances [3], a été supprimé, et le créancier a été rendu libre de saisir de prime abord tel bien que bon lui semblerait. Imbert, au liv. 1, ch. 61 de sa *Pratique*, le constate positivement. « Reste à déclarer la forme de procéder » par exécution sur les debtes deues au debteur ou condamné. » Et combien que selon le droit commun (c'est-à-dire romain)

[1] L. 5, c. 4, 5.
[2] *Principes*, t. VII, p. 282.
[3] L. 15, § 2, D., 42, 1.

» on ne peut commencer par cette voye l'exécution d'un juge-
» ment, ains était seulement loisible d'en user après avoir pris
» par exécution les biens meubles et immeubles du debteur, et
» iceux avoir vendu : toutesfois aujourd'huy par notre usance
» on peut commencer l'exécution par cette voye, mesmement
» que par l'ordonnance de 1539 on n'était point tenu faire per-
» quisition de meubles avant que faire saisir les immeubles [1]. »

15. Mais la condamnation obtenue contre le débiteur autorisait-elle suffisamment le créancier à exercer les droits de la partie condamnée contre les tiers? ou fallait-il que ce créancier obtînt, outre la condamnation, une cession volontaire de la part du débiteur, si non, une subrogation judiciaire? C'est assurément le côté délicat de la question, et nous trouvons dans les anciens auteurs des textes embarrassants. Néanmoins je ne puis me persuader qu'une décision spéciale de la justice fût dans tous les cas nécessaire pour habiliter le créancier à exercer les droits de son débiteur.

Il est vrai que Imbert suppose qu'une cession d'actions doit être faite par le condamné à son créancier : « Et en général, » tous condamnés peuvent être contraints faire cession de leurs » droits et actions contre leurs debteurs à ceux esquels ils sont » condamnés [2]. » Et on est entraîné à penser que si le débiteur ne fait pas de cession volontaire, un jugement suppléera à son consentement. Peut-être, en effet, cette inutile et coûteuse formalité a-t-elle été d'abord indispensable, de même que dans la matière de la subrogation au profit de l'un des coobligés [3]. Mais comment notre pratique ancienne n'aurait-elle pas imité le droit romain qui donnait en général, et particulièrement dans notre espèce, une action utile à ceux à qui une cession d'ac-

[1] V. dans le même sens Ant. Fabre, sur le Code, lib. IV, tit. 10, défin. 11. — V. cependant Mornac, c. 4, xv, loi 4. — Une exception était faite dans le cas où il s'agissait de rescinder pour lésion de plus de moitié une vente consentie par un débiteur. Les créanciers ne pouvaient user de ce droit assez exorbitant qu'après avoir épuisé le reste des biens du vendeur. Cette exception était analogue à celle faite par le Code Napoléon, dans l'article 1666, pour le cas où un créancier veut profiter de la faculté de rachat stipulée par son débiteur. — V. Charondas, lib. IX, resp. 25. — Maynard, *Quest. not.*, liv. III, ch. 70. — Brillon, *Dict. des arrêts*, n° 19.

[2] Liv. I, ch. 61, n° 6. — Jean Fabre a émis la même doctrine. — V. Mornac, c. 4, 15, L. 4.

[3] Pothier, Cout. d'Orléans, tit. 20, n° 75.

tions aurait dû être consentie? Comment n'aurait-elle pas en notre matière obéi à ce besoin de simplicité, auquel elle a donné tant de satisfactions en modifiant le droit romain [1], quand cette fois il ne s'agissait que de le maintenir? Aussi je crois trouver dans Basnage la véritable expression du droit ancien sorti de ses premières hésitations, quand il dit, sur l'article 345 de la Coutume de Normandie (lequel détermine ce que pourra faire dans un cas particulier « le fisc ou autre créancier subrogé au » droit d'un aîné »): « Bien que cet article ne fasse mention » que du créancier subrogé, il a lieu pour tous créanciers soit » à titre universel ou à titre singulier, soit qu'ils se soient fait » subroger ou qu'ils ne l'aient pas fait et qu'ils agissent en vertu » de cette subrogation naturelle, que tous créanciers peuvent » exercer sur les biens de leurs débiteurs. »

16. On oppose ordinairement à cette manière de voir des textes qui ne me paraissent nullement applicables à notre question. On cite Bruneau [2], Lebrun [3], comme ne laissant aucun doute sur la nécessité d'une subrogation judiciaire dans notre ancienne jurisprudence. Mais il y a deux situations voisines qu'il ne faut pas confondre. Ce qui est vrai de l'une ne l'est pas de l'autre. L'une est celle d'un débiteur qui néglige d'exercer ses droits sans y renoncer; l'autre est celle du débiteur qui renonce à un droit ouvert à son profit. L'apparence est quelquefois la même : c'est une abstention d'agir. Le fond est différent. Dans le premier cas, le débiteur conserve son droit; seulement il ne veut pas prendre la peine de réaliser un profit qui passera à ses créanciers. Dans le second cas, il a perdu, il a éteint son droit; il ne peut plus l'exercer ni personne pour lui. Dans les deux cas, le créancier impayé veut user du droit qu'a ou qu'a eu son débiteur. Mais dans la seconde hypothèse, il faut préalablement qu'il fasse annuler la renonciation de ce débiteur; il faut, incontestablement alors, qu'il s'adresse à la justice, qu'il obtienne de la justice une résurrection du droit éteint à son préjudice.

Eh bien! qu'on lise avec soin les passages des auteurs cités, et l'on remarquera qu'il s'agit toujours d'un débiteur qui, pour frustrer ses créanciers, répudie une succession ou un avantage

[1] Notamment dans la matière de la subrogation au profit d'un codébiteur, d'une caution, d'un tiers détenteur. — V. Pothier, *loc. cit.*

[2] *Des criées*, p. 250.

[3] *Des success.*, liv. II, ch. 2, sect. 2, n° 42.

attaché à la qualité d'héritier. En effet, Lebrun (*loc. cit.*) se demande « si un créancier étant aux droits du mâle peut exclure » sa cohéritière à l'égard des fiefs, de la même manière que son » débiteur aurait pu faire. » Notons bien qu'il suffit que le débiteur procède au partage sciemment avec une personne qu'il a la faculté d'exclure pour qu'il soit déchu de l'avantage que la loi lui confère. Dans ce cas, refuser d'agir, garder le silence, c'est abdiquer son droit. Or c'est à propos de cette question que Lebrun s'exprime ainsi : « Régulièrement un créancier peut » exercer tous les droits de son débiteur et s'y faire subroger à » cet effet quand le débiteur refuse de les exercer luy-même : » parce que ce refus passe pour une fraude manifeste, personne » n'étant présumé abandonner ses droits à plaisir....; en sorte » que, quoiqu'il y ait des textes précis en droit qui portent que » celuy qui manque d'acquérir, n'est pas présumé frauder ses » créanciers, mais seulement celuy qui diminue ses biens, et » entre autres la loy 6, D. *Quæ in fraudem;* néanmoins la ma- » lice des hommes allant toujours en augmentant, on a jugé à » propos de secourir en ce cas les créanciers, etc. »

On le voit, le but de l'auteur est de montrer que par dérogation au droit romain, la jurisprudence moderne protége, par l'action révocatoire, les créanciers contre un débiteur qui repousse une acquisition par succession.

La même observation s'applique aux autres autorités qu'on invoque.

17. Il me semble donc que ces textes sont écrits pour une hypothèse qui n'est pas la nôtre, celle où le débiteur refuse d'acquérir et d'exercer un droit qui lui est échu, et agit de la sorte pour nuire à ses créanciers. Il ne me paraît pas démontré, il me paraît même douteux, en présence du passage que j'ai cité de Basnage, que la nécessité d'une subrogation judiciaire pour l'exercice des droits d'un débiteur fût unanimement reconnue et pratiquée dans notre ancienne jurisprudence.

18. Arrivons au Code Napoléon. L'article 1166 pose en principe que les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur. Le silence de cet article sur l'autorisation de la justice est déjà un argument contre la nécessité de cette autorisation. Mais il faut reconnaître que notre article ne s'occupe pas de la forme. Écoutons plutôt les enseignements du passé. A mes yeux, la tradition démontre que, de la part d'un créancier, exer-

cer un droit de son débiteur, c'est mettre la main sur un de ses biens, c'est commencer une poursuite d'exécution forcée, c'est attenter à la liberté qu'un créancier chirographaire doit laisser à son débiteur, jusqu'à ce que celui-ci soit en faute, c'est une manière de réaliser un gage non moins que la saisie et la mise en vente. Par conséquent, il faut que le créancier ait un titre exécutoire, soit un acte notarié rédigé dès le principe, soit une reconnaissance en justice d'un acte privé, soit une condamnation.

Il faut, en second lieu, si l'obligation était à terme ou sous condition, que le terme soit arrivé, que la condition soit accomplie, et que le débiteur ait été constitué en demeure.

19. Ces conditions, qui ont dans tous les temps été exigées, n'ont sans doute pas été supprimées par notre Code. Elles présentent des garanties qui manquent dans le système où l'article 1166 est considéré comme donnant à tout créancier le mandat d'agir en toute circonstance au nom de son débiteur. M. Mourlon va jusqu'à accorder cette faculté aux créanciers à terme ou même conditionnels. Il s'appuie sur ce que le créancier exerce, conserve un droit au débiteur et ne l'en dépouille point. Comment! moi de qui vous ne pouvez actuellement rien exiger, moi qui préviendrai peut-être vos poursuites par un payement, moi qui, par la défaillance d'une condition, ne vous aurai peut-être jamais rien dû, je ne resterai pas maître de ma fortune et de mes actions! Vous allez vous mêler de mes affaires! Je veux avoir des égards, user de procédés, accorder des répits, et vous allez exercer des rigueurs en mon nom! J'aliénerais un de mes biens que vous n'auriez rien à y voir, rien à critiquer jusqu'à l'échéance de votre obligation, et une simple négligence de ma part vous autorise à vous ingérer dans mon patrimoine, à me supplanter dans l'exercice de mes actions; vous voulez me traiter préventivement, comme si j'étais homme à faillir à mes obligations! Cela est intolérable; cela est contraire à tous les principes. Vous avez suivi ma foi; vous avez eu confiance en ma loyauté : attendez que j'aie manqué à ma promesse, ou que je me sois mis hors d'état de la remplir [1], avant d'user des moyens que la loi vous donne pour obtenir malgré moi votre payement.

La saisie-arrêt peut être formée sans titre exécutoire, en vertu d'une permission du juge. C'est une procédure d'une organisa-

[1] Art. 1188.

tion spéciale ; mais il faut au moins, de l'aveu de la majorité des auteurs, avoir une créance exigible pour l'intenter [1].

20. On pourrait être tenté d'imiter la procédure de la saisie-arrêt pour la mise en pratique de l'article 1166. On déciderait que le créancier dont le droit est échu, mais qui n'a pas de titre exécutoire, formera une demande contre un tiers au nom de son débiteur, puis dénoncera cette demande à son débiteur, avec assignation en condamnation. Je n'approuve pas cette manière d'agir, et voici pourquoi : dans la forme tracée pour la poursuite d'un débiteur, il y a une règle, et il y a quelques exceptions à cette règle. La règle est qu'il faut que le créancier ait un titre exécutoire avant de commencer une poursuite d'exécution forcée sur la personne ou sur les biens [2]. Dans certains cas, par exception, une saisie est valablement formée sans titre exécutoire, et par conséquent sans commandement préalable, sauf au poursuivant à faire statuer immédiatement par le tribunal sur la condamnation du débiteur et sur la validité de la saisie [3]. Lorsque nous sommes dans une situation que le législateur n'a pas spécialement prévue et réglée, est-ce la règle qu'il faut suivre? est-ce l'exception qu'il faut étendre? La logique répond, il me semble, que la règle doit prévaloir. On conçoit qu'il y a des circonstances dans lesquelles il convient d'aller vite et de prévenir ce qui ne serait pas réparable. Par exemple, il est très-important d'arrêter des écus qui, entre les mains d'une personne obérée, disparaîtraient si facilement. Mais il ne serait pas juste de généraliser cette pratique et de forcer en tous les cas le tiers à attendre, sous le coup d'une contestation, que les débats entre le créancier qui agit et le débiteur dont le droit est exercé soient terminés.

21. Après avoir réfuté l'opinion qui voit dans l'exercice des droits du débiteur un acte conservatoire permis à toute personne se prétendant créancière, retournons-nous contre l'opinion qui ne se contente pas d'un titre exécutoire, qui veut de plus une subrogation judiciaire. Pour combattre ce que je crois être une exagération en sens opposé, j'invoque encore le droit ancien, surtout le droit romain, non la forme suivie à telle ou telle époque, mais l'esprit de la législation, le principe de ses dispo-

[1] Zachariæ, § 311, n° 4.
[2] Art. 545, 551 C. proc. civ.
[3] Art. 557, 563, 568, 819, 822, 824 C. proc. civ.

sitions. Si je ne me trompe, l'idée principale toujours reconnue a été de soumettre le créancier qui veut exercer un droit de son débiteur plutôt que de le vendre, aux mêmes formes, aux mêmes précautions que s'il voulait le saisir et le mettre en vente. A Rome, le créancier qui avait obtenu une condamnation ne pouvait la mettre à exécution que par l'office du magistrat. Aujourd'hui, la poursuite est plus libre; le créancier porteur d'un titre exécutoire choisit les biens qu'il veut saisir; il s'adresse à un officier ministériel, et cet officier mandataire du créancier, en observant des formes légales, saisit, dénonce au débiteur la saisie pratiquée, et publie la mise en vente. Quelquefois, à cause de l'importance des biens [1], la vente se fait devant la justice, mais on n'arrive devant le juge que pour l'adjudication [2], et, relativement aux autres biens [3], la justice n'intervient que si une contestation s'élève.

Admettons même, ce qui nous semble contestable, que dans notre ancien droit, le juge dût spécialement autoriser un créancier à exercer un droit non pas abdiqué, mais seulement négligé par son débiteur. Cette forme à suivre tenait à la difficulté de la transmission des actions, et comme M. Bonnier le prouve très-bien, le progrès de la législation a dû affranchir les créanciers de cette inutile procédure. Dans le droit moderne, quand le législateur estime qu'une action, une créance doit passer d'une personne à une autre, il la transfère lui-même par sa toute-puissance. C'est ainsi qu'un des coobligés, une caution, un tiers détenteur sont légalement et sans formalité judiciaire subrogés aux droits du créancier qu'ils désintéressent (1251, 3°). Voilà le système actuel.

Pourquoi ne pas l'appliquer à l'exercice des droits du débiteur?

22. Ce dernier a-t-il un titre exécutoire contre un tiers? le créancier fera signifier à ce tiers son titre et celui de son débiteur, il fera commandement et procédera à l'exécution forcée. — Le débiteur n'a-t-il qu'une prétention à élever et à faire reconnaître? le créancier signifiera son titre exécutoire en tête de la demande qu'il formera contre le tiers possesseur ou débiteur.

Dans tous les cas, le créancier devra dénoncer à son propre obligé la poursuite ou la demande qu'il intente en son nom. Le

[1] Notamment les immeubles.
[2] Art. 690 et suiv. C. proc.
[3] Art. 583 et suiv. C. proc.

législateur ne veut pas que le débiteur soit tenu dans l'ignorance d'une procédure qu'il peut arrêter en payant. Une saisie-arrêt, une saisie immobilière doivent lui être dénoncées [1].

23. Quels inconvénients y a-t-il à agir de cette façon? A quoi servirait une action spéciale à fin d'autorisation? A constater la créance? Le titre exécutoire la rend plus que probable, et si le débiteur conteste, il attaquera ce titre. A constater la négligence du débiteur? Le débiteur est en demeure de remplir son obligation. Voilà la seule négligence importante à constater. Du reste, il a le choix ou d'intervenir au procès, ou au contraire, s'il juge le moment inopportun, de laisser le créancier courir seul la chance d'un échec qui ne nuira qu'au demandeur [2].

Pourquoi, en vue d'une difficulté accidentelle, imposer dans tous les cas les formalités coûteuses d'un jugement souvent inutile? Ne suffit-il pas de réserver à tout intéressé le droit d'élever s'il y a lieu une contestation.

24. On oppose l'article 788 du Code Napoléon. Mais cet article est conçu dans le même ordre d'idées que les passages de Bruneau et de Lebrun que nous avons réfutés. La loi parle d'un débiteur qui renonce à une succession au préjudice de ses créanciers. Ceux-ci ne peuvent appréhender la succession répudiée qu'après avoir fait annuler la renonciation, et partant qu'après s'y être fait autoriser en justice. C'est une application de l'article 1167 et non pas de l'article 1166.

25. Il résulte de la théorie que j'ai exposée des conséquences graves et utiles au point de vue de la pratique. Du jour où le créancier a commencé à exercer le droit de son débiteur, de ce jour les effets d'une saisie sont produits. Le droit ne peut plus être aliéné par le débiteur. Ce dernier ne peut plus faire aucun acte qui nuise à son créancier. S'il transige avec le tiers, si une compensation devient possible, le créancier n'en souffrira pas.

Ces effets sont admis par Zachariæ et par Proudhon, qui les attribuent à la signification du jugement de subrogation. Ils doivent, ce me semble, être repoussés par les auteurs qui regardent le créancier comme le mandataire légal de son débiteur; car tous les moyens de défense opposables au mandant le sont au mandataire. Cela est logique, mais me paraît dangereux. Lorsque le débiteur s'est laissé condamner, et qu'il n'a pas la

[1] Art. 563, 677 C. proc.

[2] Merlin, *Répert.*, v° *Cassation*, § 8, n° 3.

faculté ou la volonté d'acquitter sa dette, les hostilités sont déclarées entre les parties; le créancier a tout à craindre de la mauvaise volonté de son débiteur, et le législateur doit le mettre à l'abri de tout ce qu'imaginera son adversaire pour empêcher ou retarder son payement.

De plus, en général, le créancier a l'option entre deux voies à suivre : ou saisir et mettre en vente le droit tel quel de son débiteur, ou exercer ce droit et vendre ensuite le produit certain de l'action. Il est dans l'intérêt du débiteur encore plus que dans l'intérêt du créancier que ce dernier suive la seconde voie; la vente se fera dans de meilleures conditions. Pour l'y encourager, le législateur ne doit-il pas lui assurer les mêmes avantages, les mêmes sûretés que s'il prenait la voie rigoureuse de la saisie immédiate?

26. Dans une hypothèse spéciale, notre raisonnement est encore plus fort. Mon débiteur a un droit indivis dans une succession. Selon le droit commun, je pourrais saisir ce droit indivis, et par là le frapper d'indisponibilité à mon égard : la loi me le défend et me réduit à faire préalablement cesser l'indivision. Je forme une demande en partage. Le débiteur, pour éluder l'effet de mes poursuites, vend à son cohéritier ou à tout autre sa part dans la succession moyennant un prix peut-être réglé en billets ou compensé. Devrai-je m'arrêter devant cette aliénation? N'aurai-je que la ressource incertaine d'une action en nullité pour cause de fraude? Il est impossible que le créancier soit ainsi victime des lenteurs d'une procédure, qui lui est imposée afin de concilier l'intérêt du débiteur avec le sien. L'opinion que je défends résout, il me semble, la difficulté d'une façon satisfaisante.

27. Il est une autre question importante qui sera diversement décidée suivant le système qu'on adoptera. Le jugement rendu au profit du tiers actionné contre le créancier demandeur aura-t-il force de chose jugée contre le débiteur qui n'est pas intervenu dans l'instance? L'affirmative ne serait-elle pas la conséquence logique de l'opinion que le créancier représente le débiteur, comme le mandataire représente le mandant? Quoi qu'il en soit, je repousse cette solution avec MM. Zachariæ et Proudhon [1]. Le créancier qui, pour la réalisation de son gage,

[1] V. *Droit d'usufruit*, n° 2305. — V., en ce sens, un arrêt de la Cour de

soutient contre un tiers une contestation sur le droit du débiteur, agit dans son intérêt et à ses risques. Il est dans la situation de l'usufruitier qui, pour avoir le droit de jouir, plaide sur la propriété de la chose ; il ne compromet pas le droit du nu-propriétaire. De même, si le créancier a agi dans un temps inopportun, ou sans preuves, le débiteur ne doit pas en supporter la peine.

Si le jugement est favorable au demandeur, le débiteur pourra-t-il en profiter à l'encontre du tiers condamné? Je ne le crois pas, puisque j'écarte entièrement l'idée d'un mandat.

28. Jusqu'à présent j'ai parlé de l'exercice des actions qui compromettent des droits, qui aboutissent à des condamnations et à des exécutions. Mais si le créancier voulait faire un acte purement conservatoire du droit de son débiteur, par exemple prendre une inscription hypothécaire, dans ce cas il me semble que le créancier pourrait agir sans avoir de titre exécutoire, sans que sa créance fût exigible, en justifiant à qui de droit de sa qualité de créancier.

Je rangerais parmi les actes conservatoires la production à une distribution par ordre ou par contribution que ferait un créancier comme exerçant le droit de son débiteur. En effet, il requiert que le droit de son débiteur soit reconnu, qu'une part de la somme à répartir lui soit réservée. Il ne touchera toutefois cette part qu'après avoir fait condamner son débiteur envers lui. Quand les biens d'un insolvable sont vendus et que le prix en est distribué, pour un creancier, attendre, surseoir, c'est risquer de tout perdre. Aussi doit-on admettre à produire un créancier même sous condition. Ce créancier a le droit de demander, non qu'une somme d'argent lui soit actuellement attribuée, mais seulement qu'une mesure provisoire, conservatoire, soit prise pour le cas où la condition de sa créance se réaliserait. Une demande en collocation ainsi restreinte dans ses effets est un acte conservatoire.

29. En résumé, l'article 1166 étant une application du principe que tous les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers, ceux-ci, pour exercer les droits de leur débiteur, doivent en général remplir les conditions auxquelles est subordonnée la saisie et la réalisation d'un gage. Mais ces conditions

cassation et les conclusions de Merlin qui ont précédé cet arrêt, *Répert.*, v° *Cassation*, § 8, n° 3.

suffisent, et aucune autre condition spéciale n'est prescrite par la loi. Voilà le système qui, selon moi, est conforme aux dispositions du Code Napoléon, et qui sauvegarde tous les intérêts légitimes. J. E. LABBÉ.

INFLUENCE DU DROIT CANONIQUE

SUR LA CONSTITUTION JURIDIQUE DE LA FAMILLE [1].

Par M. Théophile Huc, avocat, professeur suppléant provisoire à la Faculté de droit de Toulouse.

§ 1er.

I. Du mariage; sa nature; conditions de capacité.
II. Consentement des parties contractantes; — consentement des parents.
III. Empêchements résultant de la parenté et de l'affinité.
IV. Clandestinité; — publicité.
V. Dispenses.
VI. Mariages putatifs.
VII. Constatation des mariages.
VIII. Indissolubilité du lien conjugal; — divorce; — séparation de corps.

I. « Le mariage, chez toutes les nations du monde, faisait dire Montesquieu à un Persan, est un contrat susceptible de toutes les conventions, et on n'en a dû bannir que celles qui auraient pu en affaiblir l'objet. Mais les chrétiens ne le regardent pas dans ce point de vue... Ils ne le font pas consister dans le plaisir des sens; au contraire,... il semble qu'ils veulent l'en bannir autant qu'ils peuvent : mais c'est une image, une figure, et quelque chose de mystérieux que je ne comprends point [2]. »

Oui, il y a dans le mariage chrétien quelque chose de mys-

[1] Dans un article précédemment inséré dans la *Revue* sous le titre suivant : *Études historiques sur la procédure civile* (livraison de juillet 1856, p. 19), j'ai cherché à signaler l'influence du droit canonique sur la formation de la procédure moderne. Comme l'influence de ce droit n'a pas été moins grande sur la constitution de la famille, il m'a paru opportun de publier les recherches que j'avais déjà faites sur ce point, alors surtout que de récents et solennels débats semblent avoir ravivé l'intérêt qui s'attachera toujours aux études sur le droit pontifical.

[2] *Lettres persanes*, lett. CXVII.

térieux qui le met bien au-dessus du mariage tel que les sociétés païennes l'avaient constitué, et il n'y a rien d'étonnant à ce qu'un *Persan* ne comprenne point cette union des âmes dont l'Église a fait un sacrement *qui confère la grâce* [1], et a pour but de perpétuer *la cité de Dieu*.

« Les Romains, en détruisant tous les peuples, se détruisaient eux-mêmes [2]. » Aussi les voyons-nous, dès le principe, recourir à des expédients et à des moyens factices, et toujours dans la nécessité de faire des lois pour favoriser la multiplication des mariages. Toutes les idées des Romains sur la population furent systématisées par Auguste dans les lois Papiennes, et malgré la rigueur de ces lois et les incapacités innombrables qu'elles établissaient, elles furent loin de produire les résultats qu'on s'en était promis. C'est qu'en effet ces lois, qui s'adressaient à des intérêts purement matériels, ne pouvaient avoir sur les mœurs aucune action directe ; or ce n'est qu'en agissant sur les mœurs qu'il est possible de faire disparaître ces plaies honteuses qui éloignent l'homme du mariage et tarissent la source vitale des États [3].

L'esprit chrétien, au contraire, commença par agir sur les mœurs avant d'agir sur le droit. Tout en prêchant la continence et en faisant du célibat une vertu sublime, il sanctifia le mariage et en fit un sacrement religieux, de sorte qu'il multiplia les mariages, quoique d'un autre côté il favorisât la pratique d'une vertu qui par elle-même paraît contraire à la population ; « et parce qu'on cherchait alors sérieusement la perfection, il ne résulta aucun inconvénient sensible de la loi de continence. La religion avait détruit ces passions que le célibat, sans la religion, entretient parmi les hommes [4]. »

Dès lors les peines portées par les lois Papiennes contre ceux qui n'étaient pas mariés, ou qui étant mariés n'avaient pas

[1] *Concile de Trente*, 24e sess., c. 1.

[2] *Esprit des lois*, liv. XXIII, ch. 20.

[3] Et d'ailleurs quelle force pouvaient avoir ces lois, quand l'administration supérieure donnait *officiellement* un démenti à l'esprit qui les avait inspirées? « Sous Alexandre-Sévère, d'après un passage de son biographe Lampride, les gouverneurs des provinces recevaient 20 livres d'argent...., et enfin, quand ils n'étaient pas mariés, une concubine, *quod sine his esse non possent*, dit le texte. » (Guizot, *Hist. de la civilisation en France*, t. I, 2e leçon.)

[4] Chabril, cité par Montesquieu *Esprit des lois*, liv. XXIII, ch. 21.

d'enfants, n'eurent plus de raison d'être, et devinrent même illogiques, puisqu'elles avaient pour résultat de déconsidérer une situation approuvée et encouragée par la religion de l'État. Aussi Constantin commença-t-il par ôter les peines portées par les lois Papiennes [1]; et dans la suite les empereurs qui lui succédèrent achevèrent de faire disparaître tout ce qui restait de ces lois célèbres qui sont la partie la plus importante de la législation d'Auguste.

Dans les sociétés païennes, le mariage, institution purement civile, ne pouvait se concevoir qu'entre deux membres de la cité politique. — Il fallait, à Rome, avoir le *jus connubii* pour contracter de justes noces; l'esclave d'une manière absolue, l'étranger, à moins d'une faveur spéciale, ne pouvaient contracter un mariage proprement dit. — L'Église fit cesser cet exclusivisme et appela à l'exercice des mêmes droits ceux qu'elle regardait comme *les fils d'un même père* [2]. Les esclaves purent donc contracter mariage au même titre que les hommes libres, et même malgré la volonté de leurs maîtres. Pour l'Église en effet, il ne saurait y avoir d'autre esclavage que celui du péché; or le mariage étant un *sacrement* ne pouvait être conféré qu'à un homme *en état de grâce*, et par suite réellement *émancipé*. — Le *droit d'aubaine* avait encore exclu du mariage un nombre considérable de chrétiens; l'Église ne voulut jamais admettre ce droit que Montesquieu appelle *insensé* [3]. Grâce à l'influence du droit canonique, les aubains, qui dans le principe ne pouvaient se marier qu'avec la permission du prince, furent désormais aptes de plein droit à contracter mariage; et la loi moderne qui permet aux étrangers de contracter mariage en France pourvu qu'ils en aient la capacité d'après les lois de leur pays [4], ne pourrait-elle pas être considérée comme une émanation de la doctrine canonique qui validait le mariage entre tous les chrétiens sans distinction de position ni de nationalité?

II. L'Eglise veilla encore d'une manière toute spéciale sur la liberté des unions, et fit tous ses efforts pour que le consentement des parties ne fût vicié par aucune influence étrangère. —

[1] L. 1, c. 8, 48.
[2] Omnibus nobis unus est pater in cœlis. Can. 1, c. 29, q. 1.
[3] *Esprit des lois*, liv. XXI, ch. 17.
[4] Avis du conseil d'État du 2e-4e jour complémentaire an XIII. Locré.

On sait quel spectacle présenta la Gaule après la mort de Clovis; au milieu de ces temps d'anarchie, où la violence usurpait trop souvent la place du droit, il n'était pas rare de voir des hommes puissants imposer par la crainte à ceux qui étaient soumis à leur pouvoir, des mariages forcés. L'Église ne put tolérer un pareil abus, et par le sixième canon du troisième concile de Paris (557), elle fit défense aux maîtres, aux magistrats, et généralement à toutes personnes de contraindre directement ou indirectement ceux qui leur étaient soumis, à se marier contre leur gré, sous peine d'excommunication. Trois ans après, en 560, Clotaire Ier inséra une disposition semblable dans une constitution générale qui s'appliquait à tous les États de Clovis, son père, qu'il venait de réunir sous sa domination.

La doctrine canonique sur le consentement des parties différait sensiblement de la doctrine romaine, et comme elle se rapprochait davantage de la nature des choses, elle a fini par prévaloir et le Code civil l'a consacrée. — A Rome, le mariage était mis sur la même ligne que les contrats ordinaires, et il ne pouvait être annulé pour défaut de liberté du consentement que dans le cas seul où ce défaut de liberté provenait de la violence. En droit canon au contraire, le défaut de liberté pouvait provenir de toute autre cause que la violence, et pouvait notamment résulter de l'action d'une influence illégitime, ou même de l'abus d'une influence avouée par la raison. Cette différence n'est pas tout d'abord facile à saisir par la seule inspection des textes, mais elle résulte clairement des dispositions par lesquelles le droit canonique s'écarte du droit romain. — Ainsi, à Rome, où l'autorité paternelle, véritable institution politique, absorbait la famille tout entière, la crainte révérentielle ne pouvait jamais vicier le consentement [1], et par suite n'était pas un élément juridique. Mais d'après la doctrine canonique il n'en était pas ainsi [2]: il fallait distinguer entre la crainte révérentielle proprement dite qui, en elle-même, était insuffisante pour vicier le consentement, et cette terreur profonde que des parents sévères inspirent souvent à leurs enfants par leur conduite rigide; et lorsque les faits qui avaient provoqué cette crainte étaient

[1] L. 22, D. 23, 2.

[2] Can. *Si verum*, can. *Tua sanctitas*, c. 31, q. 2. — Arg. can. *Cum locum*, *De spons. et matrim.* — Van Espen, *Juris ecclesiastici pars secunda*, tit. 13, cap. 9, nos 9 et 16.

graves et injustes, quoique n'ayant pas eu d'ailleurs le mariage pour objet direct, on appliquait les mêmes principes que pour la violence ordinaire. — Ainsi encore la séduction pure et simple qui, d'après les principes du droit romain, n'aurait pu vicier le consentement, pouvait au contraire le rendre insuffisant d'après la doctrine canonique, et l'ancienne jurisprudence qui en avait adopté les principes, avait toujours assimilé la séduction à la violence. — C'est l'influence de cette nouvelle doctrine enseignée par l'Église qui, après avoir pénétré l'ancien droit français, a déterminé la rédaction de l'article 180 du Code Napoléon qui, au lieu de déclarer le consentement vicié dans le seul cas où il y a violence, comme le porte l'article 1109 pour les contrats ordinaires, permet de prononcer la nullité du mariage lorsqu'il a été contracté « *sans le consentement libre* (n'importe la cause), *des deux époux ou de l'un d'eux.* »

Le rapt, qu'une constitution de Justinien avait puni de peines sévères [1], ne fut pas toujours considéré par l'Église comme constituant un empêchement dirimant. Le droit canon avait admis cette doctrine, conforme à la doctrine actuelle, que le rapt ne viciait pas, par lui-même, le consentement que la personne ravie avait donné après avoir recouvré sa pleine liberté [2]. Mais, plus tard, le concile de Trente le mit au nombre des empêchements dirimants [3], et ses dispositions qui, d'après l'opinion commune des canonistes, s'appliquaient non-seulement au rapt de violence, mais encore au rapt de séduction, furent sanctionnées par les ordonnances des rois de France [4].

En ce qui touche les vices du consentement résultant de l'erreur, le droit canonique a introduit des distinctions inconnues au droit romain. Gratien avait distingué quatre sortes d'erreurs : l'erreur sur la personne, sur la condition de la personne, sur sa fortune, et sur ses qualités [5], qui peuvent se réduire à deux : l'erreur sur la personne et sur les qualités de la personne. L'erreur sur la personne détruisait complétement le consentement, ou plutôt le rendait impossible ; quant à l'erreur

[1] L. 1, c. 9, 13.

[2] C. *Cum causa*, C. *Accedens*, L. 5, tit. 17, *apud Gregor.*

[3] Sess. 24, ch. 6, *De matrim.*

[4] V. ordonnance de 1579 (de Blois), art. 41 et 42 ; — du 26 novembre 1626, art. 2 ; — de janvier 1629, etc.

[5] Can. *Unico*, c. 29, q. 1.

sur les qualités, il fallait distinguer entre les qualités substantielles, et, suivant le langage des canonistes, *redundantes in personam*, et les qualités purement secondaires.

« Error circa qualitatem dicitur redundare in personam, dit » Van Espen, quando animus contrahentis sic fertur in certam » qualitatem ut IMPLICITÈ nolit personam si ipsi desit qualitas » in quâ errat[1]. » Cette définition est précieuse et peut servir à élucider les graves difficultés que présente l'application de l'article 180 C. Nap. — Marcadé a démontré invinciblement que cet article est relatif, non pas au défaut absolu de consentement, hypothèse dans laquelle rentre le cas d'erreur sur l'identité de la personne, par suite d'une substitution, par exemple; mais au cas où le consentement, quoique réellement donné, ne l'a pas été en complète connaissance de cause, hypothèse qui comprend au contraire le cas où le consentement a été déterminé par une erreur sur les qualités de la personne, erreur que les rédacteurs du Code Napoléon ont improprement qualifiée erreur sur la personne, parce qu'ils avaient en vue les qualités *redundantes in personam;* et alors la question se réduira à savoir, non pas quel était le motif qui poussait l'un des conjoints à rechercher l'autre en mariage, mais quelle était la qualité dont, sans qu'il s'en fût d'ailleurs spécialement préoccupé, (*implicité*) il la supposait pourvue, quelle était la qualité qu'il devait tout naturellement être disposé à considérer comme complétant en quelque sorte l'individualité de la personne à laquelle il voulait s'unir. On arrivera dès lors sans effort à cette conclusion qu'il y a lieu d'annuler le mariage contracté avec un homme que l'on ignorait être dans les ordres sacrés, avec un homme que l'on croyait catholique, et qui prouve ensuite qu'il ne l'est pas en refusant de faire procéder à la célébration religieuse de son union. — Faisons remarquer qu'il n'y a aucun danger à appliquer ici les principes du droit canonique qui ont évidemment influé sur la rédaction de l'article 180, puisque jamais la considération du *motif erroné* qui a déterminé le mariage ne pourra le faire annuler, et qu'il faudra au contraire faire toujours abstraction de ce motif.

Selon les principes du droit romain, le consentement des *parents* n'était pas exigé pour la validité du mariage; on exi-

[1] *Loc. cit.*, cap. 3, n° 5.

geait seulement le consentement des personnes sous la puissance desquelles on se trouvait actuellement, ou sous la puissance desquelles on devait se trouver plus tard. De sorte que la nécessité d'un consentement préalable avait sa raison d'être non pas dans les droits de la nature, mais dans les motifs politiques qui avaient déterminé la constitution de la puissance du chef de famille. D'où la conséquence qu'un fils pouvait se passer du consentement de la mère ou de son aïeule, et même, s'il était émancipé, du consentement de son père. — D'où encore la conséquence que la nullité résultant du défaut de consentement ne pouvait être couverte par une ratification, le consentement donné après la consommation du mariage ne rétroagissait pas, et n'avait d'autre résultat que de le rendre valable pour l'avenir. Le droit canonique basa la nécessité du consentement des parents sur le précepte divin : *Honora patrem tuum et matrem tuam*, et dès lors ni l'émancipation, ni d'autres causes ne dispensèrent les enfants de le réclamer [1]. Mais comme le consentement des parties contractantes suffisait pour former le lien conjugal, il fut établi par le concile de Trente que le consentement des parents était inutile pour la validité du mariage, quoique les enfants fussent toujours obligés de le réclamer; de cette manière, le défaut de consentement des parents forma un empêchement purement prohibitif. — L'ordonnance de Blois, qui adopta les principales dispositions du concile de Trente, rejeta celle qui validait les mariages malgré le défaut de consentement des parents. Mais la doctrine canonique modifia la rigueur du principe admis par la loi romaine, et c'est à son influence que nous devons l'article 183 C. Nap., qui donne aux parents la faculté de ratifier expressément ou tacitement un mariage contracté sans leur consentement.

III. En continuant notre examen de la théorie canonique des empêchements au mariage, nous arrivons aux empêchements pour cause de parenté.

Le droit civil, en établissant les différents degrés de parenté ou d'affinité, a eu principalement en vue des intérêts matériels; en droit romain, par exemple, les tutelles et les successions *ab intestat*. Le droit canonique, au contraire, en traçant des règles analogues, s'est préoccupé avant tout du

[1] Can. *Non omnis*, can. *Honorantur*, c. 32, q. 2.

mariage; il a voulu, autant que possible, réagir sur la corruption des sociétés païennes, et voilà pourquoi ses prohibitions ont été plus sévères que celles du droit romain. En 511, le concile d'Orléans, tenu par ordre de Clovis, prohiba le mariage entre le beau-frère et la belle-sœur, et les actes de ce concile ayant été sanctionnés par le prince, devinrent obligatoires pour les Francs aussi bien que pour les Gaulois[1]. — Quelques années auparavant, le concile d'Agde avait prohibé le mariage entre parents en ligne collatérale à quelque degré que ce fût; mais l'Église tempéra cette rigueur, et il fut établi, au quatrième concile de Latran, qu'on pourrait se marier au delà du quatrième degré, suivant la supputation du droit canonique[2].

L'Église reconnaissait, outre la parenté civile résultant des justes noces, une parenté naturelle ou affinité résultant d'un *rapport illicite*, et qu'elle considérait comme étant de nature à former un empêchement de mariage entre l'une des personnes qui s'était rendue coupable de ce *rapport*, et les parents de l'autre. C'est à dessein que nous nous servons de l'expression *rapport*, car celle de *commerce* serait impropre et conduirait à une confusion que nous voulons éviter. En effet, l'affinité, telle que le droit canonique l'a définie, ne ressemble pas à cette espèce d'alliance naturelle qui résultait à Rome d'un concubinat. Le concubinat était un état légal chez les Romains; il est donc tout naturel qu'il ait pu produire une quasi-alliance. Mais il n'en était pas de même d'un rapport momentané qui pouvait s'établir entre un homme et une femme qui n'étaient point unis par les liens du mariage. — Ce *rapport* ne constituant pas le *commerce* désigné sous le nom de *concubinat*, ni même le *contubernium* des esclaves, ne nous paraît pas devoir être considéré comme ayant pu produire chez les Romains un lien d'affinité[3]. Par conséquent, le droit canon, en attachant un pareil

[1] *Recueil général des anciennes lois françaises*, t. VII, préface, p. 5.

[2] En ligne directe, les degrés se comptent en droit canonique comme en droit civil. En ligne collatérale, il faut distinguer : quand les deux collatéraux sont également éloignés de la souche commune, on compte entre eux autant de degrés qu'il y en a entre l'auteur commun et l'un d'eux; — dans le cas contraire, on compte autant de degrés qu'il y en a du plus éloigné à la tige commune.

[3] Arg. L. 14, § 3, D. 23, 2; L. 4, c. 5, 4; L. 1, § 3, D. 25, 7; L. 4, §§ 2 et 8, D. 38, 10.

résultat à un rapport, même momentané, entre deux personnes étrangères l'une à l'autre, a introduit une véritable innovation basée sur la morale[1]. La doctrine canonique sur l'affinité est passée en partie dans notre droit français, et l'on doit reconnaître que l'affinité résultant d'un rapport illicite légalement établi produit un empêchement au mariage entre chacune des deux personnes qui ont eu ce rapport et les parents de l'autre, savoir : en ligne directe à l'infini, et en ligne collatérale jusqu'au degré de frère et sœur inclusivement. — C'est en vain que l'on voudrait se fonder, pour résister à cette doctrine, sur ce que l'alliance résulte du mariage seul, et sur ce que la loi permet seulement de rechercher les rapports illicites pour punir l'adultère. « Le premier de ces motifs, remarquent les annotateurs de Zachariæ, est une véritable pétition de principes, puisque le Code n'a point défini l'affinité, et que le droit canonique donne positivement le nom d'affinité au lien naturel qu'engendre un commerce illégitime; le second n'est guère plus concluant, puisque la preuve d'un pareil commerce peut se trouver légalement établie par l'existence d'un enfant naturel que son père et sa mère auraient tous deux légalement reconnu[2]. » — Ainsi donc il est permis de soutenir que l'affinité peut, sous l'empire de notre droit, produire des effets; et, cela étant, on comprendra l'utilité de la distinction qui vient d'être faite entre la quasi-alliance résultant du concubinat romain, et l'affinité résultant, d'après le droit canonique, d'un *rapport* illicite. Il est important en effet de savoir, le cas échéant, quels principes il faudra appliquer; si, dans le silence du Code, il faut s'en référer aux principes du droit romain qui font découler l'alliance naturelle d'un commerce proprement dit, ou aux principes du droit canonique qui la font découler de tout rapport illicite, même momentané. Nous croyons pouvoir adopter cette dernière opinion; toute la difficulté consistera à établir légalement l'existence du rapport illicite qui aura produit l'affinité. Ainsi, par exemple, dans le cas où un jugement criminel aurait constaté la consommation d'un viol, ne pourrait-on pas dire que ce viol a produit une sorte d'affinité de nature à former obstacle au mariage que voudrait contracter

[1] C. *Discretionem*, C. *Fraternitati*, L. 4, t. 13, *apud Gregor.*
[2] Zachariæ, t. III, p. 251, note 12.

l'auteur du viol avec la fille, la mère ou la sœur de la personne violée?

IV. La doctrine de l'Église qui considérait le mariage comme parfait par le seul consentement des parties, pourvu d'ailleurs qu'elles eussent la capacité absolue et relative de s'unir, conduisit à ce résultat qu'un grand nombre de mariages furent consommés clandestinement, et cependant regardés comme valables, puisque l'élément principal, le consentement des parties, s'y retrouvait. C'était un abus, car l'absence de publicité ne permettait pas de révéler les empêchements canoniques qui pouvaient s'opposer à la célébration de certains mariages. D'un autre côté on négligeait de demander le consentement des parents, malgré l'ordre formel de l'Église, et enfin la bénédiction nuptiale était souvent donnée par un prêtre relativement incompétent.

Pour éviter ces inconvénients, l'Église exigea toujours la publicité des mariages; le curé devait en faire la publication à l'église quelque temps à l'avance, afin que, dans l'intervalle, ceux qui avaient le droit d'y faire opposition fussent à même de le faire, et que le curé lui-même pût prendre des informations, et, le cas échéant, interdire le mariage projeté[1]. Il n'y avait rien de semblable dans le droit romain; et cela se comprend, puisqu'en principe le consentement, quoique indispensable pour la formation du lien, n'était pas cependant la seule condition exigée. — La doctrine canonique fut seule, pendant longtemps, à exiger la publicité des mariages; la juridiction ecclésiastique ayant, en effet, la connaissance de toutes les causes qui intéressaient les mariages, pouvait facilement assurer le respect de ses prohibitions. — Mais lorsque le pouvoir civil, se développant de plus en plus, eut considérablement diminué l'influence des cours d'Église, on négligea peu à peu l'observance des lois canoniques, et les rois furent alors obligés d'en formuler la doctrine dans les ordonnances.

En février 1556, Henri II publia un édit contre les mariages clandestins, que n'hésitaient pas à contracter des enfants « n'ayans aucunement devant les yeux la crainte de Dieu, l'honneur, révérence et obéissance qu'ils doivent partout et en tout à leurs parents. » — Cet édit est le reflet fidèle de la doc-

[1] C. *Cum inhibito*, L. 3, t. 3, *apud Gregor.*

trine canonique. L'Église, en effet, ne regardait pas à cette époque la clandestinité comme un empêchement dirimant; le mariage clandestin était seulement illicite. L'édit de Henri II se plaçant absolument au même point de vue, ne prononçait pas la nullité de pareils mariages; il se bornait à donner aux parents le droit d'exhéréder leurs enfants clandestinement mariés, aux juges celui de les punir, déclarait de nul effet les conventions civiles faites par les époux, et enfin privait leur union illicite du bénéfice des coutumes et des lois du royaume.

Les mariages clandestins avaient donc une position en quelque sorte intermédiaire; ils étaient valables quant au lien conjugal, ils ne l'étaient pas quant aux effets civils. Cet état de choses ne pouvait durer, le mal était déjà trop grand pour qu'un demi-remède le fît disparaître. Aussi l'Église modifia-t-elle sa doctrine, et le concile de Trente fit un empêchement dirimant de la clandestinité qui jusqu'alors avait seulement rendu l'union illicite.

Ce concile célèbre exigea que les mariages fussent faits *en face de l'Église*, et déclara qu'ils seraient censés faits en face de l'Église, lorsqu'ils auraient été célébrés en présence du propre curé ou d'un prêtre ayant permission du curé ou de l'ordinaire, assisté dans tous les cas de deux ou trois témoins. — Il ordonna en outre qu'avant la célébration du mariage il serait fait pendant trois jours de fête consécutifs au milieu de la messe, publication des noms et qualités des futurs conjoints, afin de pouvoir connaître les empêchements de nature à faire obstacle à la célébration du mariage. Les unions contractées au mépris de ces prohibitions étaient radicalement nulles [1], à l'exception toutefois de la publication des bans, mais seulement pour les majeurs de vingt-cinq ans.

Ces dispositions du concile de Trente furent insérées presque textuellement dans l'ordonnance de Blois de 1579, avec cette seule modification que le nombre des témoins fût porté à quatre, et que leurs noms durent être enregistrés. « Le tout, dit l'article 40, sous les peines portées par les conciles. » — L'ordonnance de Blois maintint expressément dans toute sa rigueur l'édit de 1556 dont il a été fait mention (art. 41), et, ce qui était la conséquence nécessaire de la doctrine nouvelle admise par l'Église, défendit aux notaires de recevoir aucunes

[1] Sess. 24, cap. 1, *De reform. matrim.*

promesses de mariage *par paroles de présent* (art. 44)[1].

Ces dispositions du concile de Trente, après avoir servi de base aux prescriptions de l'ordonnance de 1579, inspirèrent plusieurs autres édits d'une grande importance[2], et nous en retrouvons la doctrine tout entière dans les articles du Code Napoléon qui ont pour objet d'établir les règles destinées à assurer la publicité des mariages. On pourra donc s'aider des principes du droit canonique pour résoudre certaines difficultés de la matière. — Ainsi, par exemple, l'article 191 du Code Napoléon présente-t-il la clandestinité et l'incompétence de l'officier public comme deux causes distinctes de nullité, ou bien, au contraire, doit-on considérer la clandestinité et l'incompétence comme les éléments d'une nullité unique qui consiste seulement dans le défaut de publicité voulue; en sorte, comme le prétend Marcadé, que l'absence de l'officier compétent doive rentrer dans la clandestinité? Indépendamment des raisons de texte qui nous paraissent militer en faveur de l'opinion combattue par Marcadé, nous trouvons dans la législation canonique un motif de décider qui nous paraît concluant. — Marcadé établit un parallèle entre le maire à la commune et le prêtre à l'Église; or, dit-il, d'après plusieurs théologiens les époux sont eux-mêmes *les ministres du sacrement*, le prêtre n'est et ne peut être que le témoin de leur union. « Or, ajoute-t-il, cette mission du *propre curé* dans les lois de l'Église et dans notre ancien droit civil, n'est-ce pas celle que le droit intermédiaire et le droit actuel ont transférée aux nouveaux officiers de l'état civil[3]? » Mais c'est précisément parce qu'il en est ainsi qu'il faut adopter l'opinion contraire; il ne s'agit pas de savoir qui est le ministre du sacrement, nous admettons que le curé n'est que témoin; la seule question à examiner est celle de savoir quel est le curé qui aura capacité pour servir de témoin; or

[1] C'était un acte par lequel deux personnes, sur le refus de l'évêque ou du curé de leur conférer le mariage, déclaraient devant notaire qu'elles se prenaient pour mari et femme.

[2] V. principalement : Ordonnance de janvier 1629, qui établit des peines contre ceux qui subornent des mineurs pour les marier contre le gré de leurs parents; — du 13 décembre 1681, sur les mariages contractés en pays étrangers sans les formalités légales; — de mars 1697, sur les formalités des mariages, et la déclaration du 15 juin suivant, sur l'invalidité des mariages faits par d'autres prêtres que les curés des contractants.

[3] *Explication du Code Napoléon*, sur l'article 191.

cela ne peut faire question en droit canonique, c'est le *propre curé*, c'est-à-dire le curé de la paroisse des parties contractantes; et comme c'est là précisément la mission que le Code civil a conférée aux officiers publics, comme le reconnaît Marcadé, il faut dire qu'il n'y aura de compétent que le *propre maire*, c'est-à-dire le maire du domicile de l'une des parties, et de même que le mariage contracté en l'absence du propre curé était nul, de même il faut dire que le mariage contracté en l'absence de l'officier public compétent est pareillement nul.

V. L'Église, en traçant des règles sévères pour la célébration des mariages, avait en vue les intérêts généraux de la morale publique. Mais il pouvait arriver que la morale publique elle-même fût intéressée à tolérer, dans certains cas particuliers, des unions qu'en principe elle devait proscrire. Il pouvait arriver encore que des circonstances exceptionnelles commandassent quelquefois de permettre aux parties de contracter mariage sans remplir certaines des formalités prescrites. Pour arriver à ce résultat, le droit canonique établit les *dispenses*. Ce fut encore là une innovation, car on ne saurait assimiler aux dispenses proprement dites les rescrits par lesquels les empereurs romains permettaient à certains de leurs sujets de faire un acte contraire à la loi. C'était là, à proprement parler, l'exercice arbitraire du bon plaisir, et la conséquence de ce principe erroné, que le souverain est au-dessus de la loi [1]. Il n'en fut pas ainsi dans l'Église; les causes de dispense furent toutes soigneusement prévues et formèrent une théorie complète qui servit à diriger ceux qui avaient pouvoir pour les accorder.

Le concile national tenu à Paris en 1408 avait statué que pour avoir dispense des empêchements de mariage, il fallait s'adresser au pénitencier ou au concile provincial. Plus tard, le concile de Trente donna pouvoir aux évêques de dispenser de la plupart des irrégularités canoniques, et notamment de la publication partielle ou totale des bans de mariage, quand il y avait lieu de craindre que la malignité ne suscitât des obstacles à l'union projetée. L'article 40 de l'ordonnance de Blois adopta, en la restreignant, cette disposition du concile de Trente; la dispense de publication ne put être accordée complétement, il fallut toujours en faire au moins une. Du reste,

[1] L. 31, D. 1, 3.

l'autorité ecclésiastique fut maintenue dans le droit exclusif d'accorder les dispenses; et il fallut, jusqu'à la révolution, s'adresser à l'ordinaire pour les obtenir. — Le Code Napoléon n'a conservé de la théorie canonique sur les dispenses que ce qui était compatible avec les idées nouvelles; ainsi les dispenses pour cause de parenté, et les dispenses de publications, ne peuvent être accordées que par le souverain ou ses délégués, et dans la limite des articles 164 et 169.

VI. Par la théorie des dispenses, l'Église avait mitigé autant que possible la rigueur de ses prohibitions; en adoptant la théorie du *mariage putatif*, dont elle trouva les germes dans la législation romaine, elle voulut protéger la bonne foi des parties et assurer l'avenir des enfants issus d'une union irrégulière, mais contractée de bonne foi. — Dans le premier état du droit romain, la théorie des mariages putatifs n'avait pas été formulée, et si les empereurs accordèrent quelquefois par rescrit certains effets civils à des mariages nuls, mais contractés de bonne foi [1], ce fut en vertu de leur pleine puissance. Mais lorsque les empereurs professèrent le christianisme, la doctrine s'épura, et ce qui autrefois dépendait de l'arbitraire impérial devint une règle générale [2]. Le droit canonique s'empara de cette disposition, mais la rendit plus précise en établissant de sages distinctions que les articles 201 et 202 du Code Napoléon laissent complétement subsister. Ainsi nous n'hésitons pas à admettre que la bonne foi, conformément au *C. Cum inhibito, § Si quis* [3], doit être excusable. Supposons, par exemple, un mariage contracté de bonne foi entre deux personnes parentes au degré prohibé, ou dont l'une était engagée dans les liens d'un premier mariage, qu'à tort elle croyait dissous; il faudra évidemment le reconnaître comme putatif. Mais si pour contracter un pareil mariage les parties ont négligé d'accomplir dans leur entier les formalités prescrites par la loi pour assurer la publicité des unions, de telle sorte cependant que cette clandestinité partielle ne soit pas suffisante pour constituer d'une manière absolue le défaut de publicité, et par suite pour permettre d'arguer de nullité, pour ce chef, un tel mariage, nous pensons que cette circonstance particulière ne permettra pas de

[1] L. 57, D. 23, 2.
[2] L. 4, c. 5, 5.
[3] Lib. IV, tit. 3, *apud Gregor.*

considérer ce mariage comme putatif, parce que l'erreur des parties n'est pas excusable, car si elles avaient régulièrement procédé, peut-être auraient-elles été instruites de l'obstacle légal qui s'opposait à leur union. Le canon précité qui statue sur une espèce semblable devrait, d'après nous, recevoir son application, car la précipitation des parties les rend fort suspectes de mauvaise foi.

VII. Enfin, pour terminer ce qui a trait aux formalités du mariage, l'Église avait prescrit qu'il en serait tenu note par les curés des paroisses. Cet usage de coucher sur des registres tout ce qui se passait dans l'église, remonte assez haut puisque le célèbre Hincmar, de Lyon, dans un concile qu'il présida à Soissons, en parle comme d'une coutume constante et qui ne peut souffrir d'exception [1]. Cette pratique de constater par écrit les mariages accomplis contribua beaucoup à étendre l'influence des clercs. Car dans une époque d'ignorance générale, où les mariages se faisant à la porte des églises étaient seulement conservés dans la mémoire des témoins, il était facile de contracter des unions illicites au mépris d'alliances méconnues ou oubliées. Nous voyons en effet que lorsque le concile de Beaugency voulut, en 1152, dissoudre le mariage de Louis le Jeune avec Eléonore d'Aquitaine pour cause de parenté, il fallut, pour constater cette parenté, recourir au témoignage des parents du roi. Les registres tenus par les clercs rendirent moins faciles de semblables unions, et servirent seuls à constater l'état des personnes. François Ier sanctionna cet usage par son ordonnance d'août 1539, articles 50 et 51; enfin l'ordonnance de Blois réglementa définitivement tout ce qui avait trait aux actes de l'état civil, et ses dispositions combinées avec celles de plusieurs ordonnances postérieures, ont servi de base, sans modification sensible, au titre deuxième du premier livre de notre Code Napoléon, avec cette différence que les curés ne remplissent plus aujourd'hui le rôle d'officiers de l'état civil.

VIII. Les rapides aperçus que nous venons de présenter démontrent que le droit canonique a joué un rôle considérable dans la constitution du mariage. Mais s'il s'était borné à réglementer des points de détail, son œuvre aurait été imparfaite, et il n'y aurait pas eu de différence profonde entre le mariage chrétien et les

[1] Can. 9, c. 2, q. 2.

unions favorisées par les sociétés païennes. En introduisant au contraire la doctrine de l'indissolubilité du mariage, il transforma l'union de l'homme et de la femme, et lui donna je ne sais quel caractère auguste qui force l'assentiment de toutes les intelligences. *Quos Deus conjunxit, homo non separet* [1], dit l'Église; et sous l'empire de cette pensée, nous voyons l'épiscopat employer sans relâche sa haute influence pour faire disparaître le divorce et la répudiation. Mais l'Église sut procéder avec une lenteur pleine de prudence et ne voulut pas tout d'abord heurter trop rudement les idées reçues. C'est ainsi que dans le premier concile d'Arles (314), l'épiscopat gallo-romain se borna à avertir, à titre de conseil, ceux qui avaient surpris leurs femmes en adultère, qu'ils ne devaient pas accepter d'autres épouses [2]. Le concile de Langres (365) établit avec plus de précision le respect qui était dû au lien du mariage, car pour réprimer une doctrine qui commençait alors à avoir quelques adhérents, et qui, considérant le mariage comme un état imparfait, avait eu pour résultat d'entraîner quelques femmes à s'éloigner de leurs maris et à vivre dans la continence, il déclara anathèmes ceux qui regardaient le mariage comme éloignant du royaume de Dieu, et les femmes qui, aveuglées par une fausse piété, n'en respectaient pas le lien sacré [3]. En 402, le concile de Carthage fit défense aux époux qu'une répudiation avait séparés de convoler à de nouvelles unions; c'était la reproduction d'une défense semblable insérée bien auparavant dans les canons des apôtres (can. XLVII). Ces diverses défenses eurent pour résultat de rendre les répudiations moins fréquentes, car souvent les époux n'en venaient à cette odieuse extrémité que dans l'espérance d'une union nouvelle. Mais cependant les répudiations furent loin de disparaître entièrement. L'Église comprit alors que, dans l'impossibilité où elle se trouvait de tarir immédiatement cette source de désordre, il était de son devoir de purifier par son intervention l'exercice d'une faculté si dangereuse. Aussi fut-il ordonné par les conciles que les causes de dissentiment seraient à l'avenir jugées par les évêques avant toute séparation réelle des époux.

La doctrine de l'indissolubilité du mariage porta ses fruits,

[1] Can. 18, c. 33, q. 2.
[2] V. Laferrière, *Hist. du dr. civ. de Rome et du dr. franç.*, t. II, p. 332.
[3] Can. *Si qua mulier*, 3, dist. 30.

non-seulement sur les mœurs, mais encore sur le droit. Car Constantin obéissait positivement à l'influence chrétienne lorsqu'il déclarait que la femme qui avait son mari à la guerre, et n'en avait plus entendu parler, serait désormais obligée d'attendre pour se marier l'expiration d'un délai de quatre années, alors qu'auparavant elle pouvait envoyer le libelle de divorce sans être soumise à un pareil délai [1]. Le divorce et la répudiation finirent peu à peu par disparaître de la législation; le lien conjugal ne put jamais être détruit que par la mort, et la mort civile elle-même ne put le briser, *non enim homo separet quos pœna condemnat* [2]; car ce texte que certains canonistes ont considéré comme établissant une doctrine contraire, peut sans effort être interprété en ce sens qu'une peine, la déportation par exemple, peut bien avoir la séparation des époux pour résultat, mais ne produit aucun effet *quoad fœdus*. L'Église remplaça le divorce par la séparation de corps, et comme l'influence canonique n'a pas disparu avec les tribunaux ecclésiastiques emportés par la révolution, c'est à elle que nous devons cette disposition de l'article 139 du Code Napoléon, qui fait de l'existence incertaine d'un époux absent un empêchement prohibitif du nouveau mariage que voudrait contracter l'autre époux; c'est à elle que nous devons encore l'abolition du titre du divorce, et cette loi récente qui a mis le mariage à l'abri des effets de la mort civile.

§ 2.

I. Émancipation de la femme.
II. Autorité paternelle.
III. Filiation, légitimation.

I. Autant la position de la femme était humble dans la famille romaine, autant, grâce à l'influence canonique, elle fut élevée dans la famille chrétienne. Elle fut réellement émancipée par la doctrine nouvelle; elle n'eut plus à craindre de tomber *in manu mariti;* elle cessa d'être soumise à une tutelle perpétuelle; elle participa à l'exercice de la puissance paternelle modifiée par l'Église; sa voix put librement se faire entendre, elle eut droit de conseil dans les affaires d'intérêt domestique, et les enfants, avant d'aller fonder une famille nouvelle, durent lui

[1] L. 7, c. 4, 17.
[2] Can. 18, c. 33, q. 2.

demander son consentement comme au père lui-même. Enfin la femme fut protégée par les lois de l'Église contre les sévices de celui qui ne devrait jamais être que son protecteur; l'adultère du mari, dont les législations païennes ne se sont jamais occupées, fut réprimé par le droit canonique; et aujourd'hui encore qui oserait douter qu'il ne puisse constituer une injure grave de nature à légitimer une action en séparation de la part de la femme?

II. La puissance paternelle, telle que l'avaient faite les Romains, perdit son âpreté primitive, même dans les pays de droit écrit où cependant elle avait été conservée en ce qui touche les intérêts matériels. Mais dans les pays de coutume, elle disparut complétement pour faire place à cette autorité plus douce, basée sur l'amour et le respect, qui a seule été conservée par le législateur moderne.— Et tandis qu'à Rome le fils de famille ne pouvait agir en justice contre son père qu'à raison du pécule *castrans* et *quasi castrans*, il peut aujourd'hui, grâce au droit canonique, faire valoir librement ses droits contre ses parents, pourvu qu'en le faisant il ne s'écarte jamais du respect qui leur est dû. Enfin le droit canonique se préoccupe de l'intérêt des enfants même avant leur naissance, en introduisant le principe de la révocation des donations pour cause de survenance d'enfants.

III. Après avoir ainsi régularisé par son influence la famille légitime, le droit canonique chercha à améliorer la situation légale des enfants nés hors mariage. Déjà Constantin, suivant l'impulsion des idées chrétiennes, avait établi, en haine du concubinat, la légitimation par mariage subséquent. L'Église rendit ces légitimations plus fréquentes en leur faisant produire des effets plus étendus, et arriva ainsi à moraliser les unions irrégulières, à faire volontairement réparer une faute, et surtout à empêcher que les enfants naturels ne restassent les victimes innocentes des égarements de leurs auteurs.

A Rome, pour que le mariage subséquent produisît la légitimation, il fallait que la femme eût été libre à l'époque de la conception de l'enfant et au moment de sa naissance. Avec le droit de l'Église, qui ne reconnaissait pas l'esclavage, la nécessité de cette condition disparut. A Rome, un enfant ne pouvait

[1] L. 3, D. 25, 7, L. 5, 10 et 11, c. 5, 27.

être légitimé par mariage subséquent que s'il était né d'un concubinat[1]; mais le droit canonique qui, ne faisant aucune distinction entre le concubinat et les autres rapports illicites, accordait la légitimation à la force du sacrement et non à la longueur du concubinat, étendit les bienfaits de la légitimation à tous les enfants nés avant le mariage, pourvu que le mariage eût été possible entre le père et la mère à l'époque de la conception, ce qui était encore une innovation, car le droit romain ne considérait la capacité relative des parties qu'au moment de la naissance[2]. La loi romaine envisageant le mariage sous un point de vue grossier, refusait, d'après l'opinion de plusieurs auteurs, au mariage *in extremis*, la faveur de produire la légitimation, car il fallait que les époux eussent l'espoir de procréer des enfants, *spem tollendæ soboli habeant*[3]. Le droit canon, au contraire, qui considérait le mariage comme valable, quoique les époux n'eussent pas le désir d'en accomplir la fin[4], accordait le bénéfice de la légitimation au mariage *in extremis*, et, lors de la discussion du Code Napoléon, cette doctrine a prévalu et a fait rejeter un article qui lui était contraire[5]. — La théorie de la légitimation est donc entrée dans le droit actuel avec les principales modifications que lui a fait subir le droit canonique; ainsi nous pourrons encore légitimement puiser dans cette législation pour apprécier l'esprit de la loi nouvelle. On s'est demandé, par exemple, si les enfants nés d'un rapport incestueux peuvent être légitimés par le mariage subséquent que le père et la mère auront contracté après avoir obtenu des dispenses du souverain. Un grand nombre d'auteurs se prononcent pour la négative, par cette considération que les dispenses obtenues en cas pareil, n'empêchant pas que les enfants ne soient issus d'un commerce incestueux, les termes rigoureux de l'article 331 s'opposent à leur légitimation. Nous préférons rechercher l'esprit de la loi, et nous adopterons par suite la solution donnée par le droit canon. En effet, quoique la légitimation n'ait pas d'effet rétroactif, le ma-

[1] *Loc. cit.*

[2] C. *Tanta est vis*, L. 4, t. 17, *apud Gregor.* — Glos., in cap. *Innotuit* 20, L. 5, t. 6, *apud Gregor.*

[3] L. 11, c. 5, 27.

[4] Can. *Sufficiat* 2; C. *Beata Maria* 3, c. 17, q. 2.

[5] Locré, *Leg.*, t. IV, p. 29, 98 et suiv.

riage subséquent rétroagit au jour de la conception : « Per » hanc legitimationem, dit Van Espen, ipse natalium defectus » quasi in radice tollitur[1]. » Où serait l'obstacle qui l'empêcherait de rétroagir quand il a été contracté en vertu d'une dispense, alors surtout qu'en droit canon les dispenses pouvaient rétroagir, et n'opéraient pas seulement pour l'avenir?

L'Église aurait voulu pouvoir effacer, en faveur des enfants naturels, le vice de leur naissance; mais de puissantes considérations empêchaient qu'elle traitât de la même manière les enfants incestueux ou adultérins. Elle fit pour eux néanmoins tout ce qu'il lui était permis de faire, en leur accordant des aliments que la loi romaine leur refusait[2], et l'article 762 C. Nap. a consacré cette louable disposition.

Tels sont les principaux résultats dus à l'intervention de l'Église; et quelque rapides qu'aient été les aperçus que nous venons de présenter, ils suffisent cependant pour indiquer combien a été grand le rôle du droit canonique dans la constitution actuelle de la famille. Nous pouvons donc maintenant conclure, sans crainte d'être taxé d'exagération, que si le droit moderne, en ce qui touche l'organisation civile de la famille, se rapproche d'une manière sensible de la loi morale, dont s'écartaient si souvent les anciennes législations, c'est à l'action civilisatrice des canons de l'Église que l'honneur d'un pareil résultat doit revenir tout entier. THÉOPHILE HUC.

[1] *Juris ecclesiastici*, pars II, t. 10, cap. 3, n° 32.
[2] Cap. *Cum haberet* 5, L. 4, t. 7, *apud Gregor.*

TRANSFORMATION DES COMICES PAR CENTURIES,

INSTITUÉS PAR SERVIUS TULLIUS.

Article de M. SELIGMAN, juge au Tribunal civil de Laon.

SOMMAIRE.

1. Les tribuns du peuple exerçaient le droit d'accusation capitale contre les consuls et les patriciens devant les comices par tribus.
2. Renonciation à ce droit par les plébéiens.
3. C'est à l'époque du décemvirat qu'a eu lieu la transformation des comices centuriates.
4. Le silence gardé par les anciens s'explique, entre autres motifs, par la perte d'une partie des Douze Tables.
5. Succès obtenus par les plébéiens dans les comices centuriates depuis leur transformation.
6. Votes des comices centuriates, souvent contraires aux vœux du sénat.
7. Le changement principal, dans ces comices, consiste en ce que les centuries ne forment plus qu'une subdivision des tribus. — Explication d'un passage de Tite-Live relatif à cette question.
8. Les censeurs étaient chargés de la répartition des citoyens dans ces tribus. — Importance politique de ce droit. — Explication de différents passages de Tite-Live et de Cicéron relatifs à ces points.
9. Les censeurs subdivisaient chaque tribu en cinq classes, chaque classe en deux centuries, une *seniorum*, une *juniorum*. Chaque tribu avait donc dix centuries. — Les trente-cinq tribus contenaient trois cent cinquante centuries, *seniorum* et *juniorum*. — Explication de différents passages de Tite-Live et de Cicéron confirmant notre opinion.
10. L'ordre des chevaliers a conservé dix-huit tribus, comme sous Servius.
11. Mode de votation d'après Servius Tullius.
12. Changements dans la manière de voter dans les comices centuriates : 1° Explication des termes *prærogativæ*, *prærogativa primo vocatæ*, *sorte prærogativa* et *jure vocatæ*.
13. 2° La prérogative était tirée au sort seulement parmi les centuries de la première classe.
14. 3° La prérogative n'existait pas quand il s'agissait d'un jugement à rendre par les comices.
15. 4° Vote des autres centuries après le suffrage de la prérogative.
16. Mode suivant lequel le suffrage était exprimé chez les Romains.

1. Nous avons vu précédemment que les comices par centuries donnaient une prépondérance absolue aux riches, que les chevaliers et la première classe à eux seuls formaient la majorité, s'ils étaient d'accord. Par conséquent les autres classes n'étant pas appelées à voter, n'avaient presque aucune part réelle dans le gouvernement.

Les comices par centuries, organisés de cette façon, ne pouvaient pas longtemps satisfaire la grande masse du peuple romain. On connaît les nombreuses luttes entre les plébéiens et les patriciens; une d'elles avait été suscitée par le discours que Coriolan avait prononcé dans le sénat contre l'institution du tribunat, créé pour la protection des droits de la plèbe. Il s'ensuivit une révolte, et les plébéiens demandèrent que ce fier patricien fût mis en jugement pour avoir osé s'attaquer à l'inviolabilité des tribuns. Le sénat[1] désirait vivement faire statuer dans les comices par centuries sur le sort de Coriolan; mais les tribuns s'y refusèrent, sachant qu'ils n'y obtiendraient rien contre lui, et les patriciens finirent par céder à leur demande. Denys[2] d'Halicarnasse considère comme un droit appartenant aux comices par tribus le pouvoir de juger les patriciens qui attentaient aux institutions protectrices des plébéiens; Tite-Live[3] n'y voit qu'une usurpation obtenue par la force, à laquelle la fréquence du fait aurait donné une espèce de sanction. Coriolan se plaignit au sénat de le livrer à la fureur des plébéiens, qui le condamnèrent à l'exil.

Ce droit de condamnation, exercé dans les comices par tribus, mettait entre les mains de la plèbe une puissance redoutable contre ses adversaires politiques. Aussi voyons-nous à cette époque de nombreuses accusations capitales; il en fut dirigé contre Menenius[4], Sp. Servilius[5], les magistrats consulaires, de l'année 280 (ab U. C.)[6], contre l'ex-consul Appius Claudius[7], en 284, qui, pour échapper à une condamnation certaine, se donna la mort; contre Cæson Quintius[8], qui préféra l'exil à un jugement des comices par tribus, et contre beaucoup d'autres[9].

[1] Denys d'Halic., VII, 59. Πολλὰ δὲ ἀναντιουμένων τῶν πατρικίων, ἕνα μὴ ταῦτα γένηται καὶ τὴν λοχῖτιν ἀξιοῦντων συνάγειν ἐκκλησίαν, ὥσπερ αὐτοῖς πάτριον ἦν.

[2] Denys d'Halic., VII, 17, 58. — IX, 46.

[3] II, 35.

[4] Tite-Live, II, 52. Cum capitis conquisissent, duo millia acris damnato mulctam dixerunt. — Denys, IX, 27.

[5] Denys, IX, 28, 33.

[6] Tite-Live, II, 61.

[7] *Ibid.*, III, 12-13.

[8] *Ibid.*, III, 12-13.

[9] *Ibid.*, III, 31. — Denys d'Halic., IX, 48-49.

De pareilles accusations devaient produire un effet effrayant sur les consuls, qui y étaient principalement exposés. Le langage que Tite-Live[1] fait tenir aux consulaires accusés en l'an 280, en est un tableau saisissant, mais un peu trop chargé de couleurs exagérées : « Consulares vero fasces, prætextam curulemque sellam, nihil aliud, quam pompam funeris, putent. » Claris insignibus velut infulis velatos ad mortem destinari : » quodsi Consulatus tanta dulcedo sit, jam nunc ita in animum » inducant, consulatum captum et oppressum ab tribunitia » potestate esse : consuli, velut apparitori tribunitio omnia ad » nutum imperiumque tribuni agenda esse. Si se commoverit, si » respexerit patres, si aliud quam plebem esse in republica cre- » diderit, exsilium C. Marcii, Menenii damnationem et mortem, » sibi proponat ante oculos. »

Cependant les patriciens ne pouvant rien contre l'inviolabilité des tribuns, avaient quelquefois recours à la nomination d'un dictateur; mais son pouvoir n'était que passager, tandis que celui des tribuns s'exerçait continuellement, et alors l'omnipotence dictatoriale[2], il est vrai sans responsabilité, ne servait qu'à séparer davantage les deux ordres dans l'État, au lieu de les rapprocher. Vers la même époque, les plébéiens avaient obtenu, par la loi *Publilia*, en 283, le droit de nommer les tribuns dans les comices par tribus; de sorte qu'ils trouvaient constamment une défense énergique de leur ordre dans les magistrats de leur choix. Grâce à l'institution du tribunat, ils s'étaient affranchis de l'oppression des patriciens et avaient acquis dans l'État une position tellement forte et redoutable, que ceux-ci, dans leur intérêt propre, devaient songer à abandonner le système de domination légale sur une caste d'abord faible, mais devenue puissante par des victoires successives, et à établir par des concessions mutuelles une certaine égalité entre tous les citoyens des deux ordres. C'était ce que les plébéiens demandaient, et ainsi nous sommes arrivé au point où les deux partis, pour leur avantage respectif, devaient opérer un rapprochement entre eux : le premier, pour éviter des troubles continuels dans l'exercice du pouvoir gouvernemental

[1] Tite-Live, II, 54.

[2] Denys d'Halicarnasse dit, liv. VI, 56, que Valérius avait trouvé dans la dictature le moyen de combattre l'abus de ce droit de jugement exercé par les plébéiens.

et les attaques contre leurs personnes ; le second, pour obtenir par une concession paisible tous les droits de citoyen, au lieu de les arracher par la victoire après une lutte acharnée.

Nous avons vu, par ce qui précède, que les plébéiens avaient employé tous leurs efforts pour soustraire les affaires qui les intéressaient le plus aux comices par centuries, dont l'institution, telle que Servius Tullius l'avait organisée, n'avait pour but que de favoriser la classe des riches. En effet, les patriciens, soutenus par leurs clients opulents, devaient avoir dans ces assemblées une prépondérance incontestable pour faire triompher leurs vues. Tite-Live[1] nous dépeint l'immense influence des patriciens dans ce passage digne d'être médité : « Haud parva res, dit-il, quæ patriciis omnem potestatem per » clientium suffragia creandi, quos vellent, tribunos auferret. » Mais le pouvoir de condamner les patriciens hostiles dans ces comices était l'arme la plus dangereuse que les plébéiens possédaient contre l'aristocratie. Les exemples nombreux que nous avons cités montrent que, avec ce droit d'accusation des tribuns, les patriciens qui s'étaient attiré leur inimitié étaient exposés aux plus grands périls. En moins de vingt-six années, sept consuls et des patriciens des plus illustres familles furent accusés, condamnés, ou n'échappèrent à cette honte que par un exil ou une mort volontaire. Leur sûreté personnelle exigeait avant tout qu'ils obtinssent la renonciation à ce droit terrible de vie et de mort, par lequel les assemblées par tribus trouvaient le moyen d'anéantir leurs plus violents adversaires.

2. Les plébéiens n'avaient eu recours à la justice des comices par tribus, pour les protéger contre les patriciens, que parce qu'ils se défiaient des centuries, où ils étaient annulés par l'influence prépondérante de l'aristocratie. Pour que la plèbe se laissât enlever ce droit qui faisait sa force, et qu'elle l'abandonnât aux comices par centuries, il était nécessaire que l'organisation de ces derniers fût changée dans un sens plus démocratique. L'époque du décemvirat nous paraît propice à un pareil changement dans la constitution. En 293, par la loi *Terentilla*, les plébéiens demandaient la révision de la constitution et une législation nouvelle. C'était trop vouloir à la fois,

[1] Tite-Live, II, 56.

car ils n'étaient pas assez forts pour triompher en tous points. Cette loi était dirigée contre le pouvoir suprême des patriciens, le consulat : « Legem se promulgaturum, ut quinque viri » creentur legibus de consulari imperio scribendis : quod po- » pulus in se jus dederit, eo consulem usurum, non ipsos libi- » dinem ac licentiam suam pro lege habituros[1]. » Les patriciens résistent énergiquement, et la lutte la plus terrible, la plus opiniâtre que l'histoire romaine nous ait transmise, s'engage et se poursuit entre les deux ordres pendant dix années consécutives. Les tribuns du peuple s'aperçurent que le moment d'obtenir une victoire complète n'était pas encore venu. Tout en persistant dans leur proposition, ils offrirent des concessions de la part de la plèbe, et ne demandèrent qu'une législation ayant un caractère conciliateur entre les deux ordres : « Tum » abjecta lege, quæ promulgata consenuerat, tribuni lenius » agere cum patribus; finem tandem certaminum facerent; si » plebeiæ leges displicerent, at illi communiter legum latores » et ex plebe et ex patribus, qui utrisque utilia ferrent, quæque » æquandæ libertatis essent, sinerent creari[2]. »

Le sénat, de son côté, fatigué de discussions intestines qui n'avaient profité qu'aux classes inférieures, comprit qu'il fallait renoncer à la force et accepter la proposition Terentilla. Un des consulaires condamnés par les comices par tribus, Romelius, parla même vivement en sa faveur, dans l'espérance que la nouvelle législation arracherait au pouvoir des tribus, si elle ne le détruisait pas, ce droit redouté d'accusation par-devant le peuple[3]. Cet espoir ne fut pas déçu, car la loi des Douze Tables émanée des décemvirs porte que le peuple seul, dans les *comices centuriates*, aura le pouvoir de rendre des sentences capitales. La haute juridiction criminelle fut ainsi enlevée aux tribus.

3. Ce fut là une concession des plébéiens qui ne peut se comprendre, à moins que l'organisation des comices centuriates ne fût changée dans un sens favorable aux classes inférieures. En effet, comment croire que la plèbe eût laissé passer cette loi, restée toujours en vigueur même au temps de Cicéron[4],

[1] Tite-Live, III, 9 et 24, où les consuls appellent cette proposition : *Lex minuendæ suæ majestatis causa promulgata.*

[2] Tite-Live, III, 31. — Denys d'Halic., X, 35.

[3] Denys d'Halicarnasse, X, 48 et 58.

[4] Cic., *De legg.*, III, § 44.

sans trouver dans une nouvelle organisation des comices centuriates une compensation du pouvoir qu'elle abandonnait. Les plébéiens étaient alors victorieux, et certes ils n'auraient pas cédé une arme aussi précieuse aux patriciens qui dominaient dans les comices centuriates tels que Servius les avait organisés. D'ailleurs, ne voyons-nous pas vers la même époque une réforme qui indique que toutes les classes désiraient avoir une égale représentation pour la protection de leurs droits. Le sénat consentit à ce qu'on nommât désormais dix tribuns, deux pour chaque classe. Les classes inférieures surtout attendaient de ces représentants de leurs intérêts une protection plus efficace. Ce changement, dont il faut bien saisir la portée, fut confirmé quelques années après, en 306, par une autre loi [1], provoquée par le tribun Trebonius, laquelle ordonnait de nommer toujours dix tribuns et défendait la cooptation. Tout ceci est pour nous un indice bien fort qu'à cette époque un changement a eu lieu dans la constitution des comices par centuries, changement qui a pu être concomitant avec les réformes opérées dans les comices par tribus. Ces derniers, qui n'avaient pris jusqu'alors que des résolutions obligatoires pour les plébéiens seuls, obtenaient le pouvoir législatif avec la même force pour tous les citoyens que les lois votées dans les comices centuriates : « Scita plebis in- » juncta patribus sub titulo æquandarum legum [2]. » Cette dernière expression rappelle le caractère des lois du décemvirat, dont la mission, énoncée par Appius, était : « Se omnia summis » infimisque jura æquasse [3]. » Du reste, il était tout naturel qu'à l'époque où l'on posa le fondement si solide de la législation civile de Rome on s'occupât aussi des réformes à faire dans la constitution des pouvoirs qui créent les lois. Nul doute sur l'étendue de la puissance législative donnée aux comices par tribus en vertu des lois [4] Valeria et Horatia, et pour-

[1] Denys d'Halicarnasse, XII, 25. — Tite-Live, III, 55. « Tricesimo sexto » anno a primis tribunis decem creati sunt bini ex singulis classibus. — As- » conius in oratione pro Cornelio : Ceterum quidam non duo tribunos plebis » ut Cicero dicit sed quinque tradunt esse creatos singulos ex singulis clas- » sibus. »

[2] Tite-Live, III, 31.

[3] *Ibid.*, III, 34, *æquatæ leges*. V. Tite-Live, III, 31, 63, 67. — Denys d'Halicarnasse. Ἰσονομία, ἰσηγορέα, νομους κοινοῦσ ἐπὶ πᾶσι.

[4] Tite-Live, III, 55. Omnium primum, cum veluti in controverso jure esset, tenerenturne patres plebiscitis, legem *centuriatis comitiis* tulere, ut quod tri-

tant ces lois furent votées dans les comices par centuries. Comment admettre qu'elles eussent passé dans une assemblée législative où les centuries de la première classe formaient plus que la majorité d'après la constitution de Servius? Celles-ci auraient donc voté leur propre destruction.

4. D'un autre côté, il était même de l'intérêt de l'aristocratie, une fois admis que les tribus pouvaient faire des lois obligatoires pour les patriciens, de modifier l'organisation de Servius Tullius, qui concentrait tout le pouvoir législatif entre les mains des riches, afin que les classes moyennes et les pauvres, se voyant complétement exclus du gouvernement, n'attirassent pas toutes les affaires devant les comices par tribus. Mais il reste toujours à détruire l'objection très-grave du silence gardé par tous les anciens écrivains sur l'époque de ce changement, surtout par les historiens tels que Tite-Live et Denys d'Halicarnasse, qui, tout en donnant quelques renseignements sur les modifications survenues dans les comices centuriates n'indiquent aucun moment précis où elles se seraient opérées. Aussi a-t-on souvent adopté comme telle l'époque voisine de la deuxième guerre punique, en se fondant sur la perte d'une décade de Tite-Live comprenant l'histoire de ce temps, et préalablement aussi des réformes qui auraient eu lieu alors dans l'organisation des comices par centuries. Mais une saine appréciation de l'histoire romaine aussi bien que des textes positifs donnent un démenti à cette supposition, tandis qu'il n'y aurait rien d'impossible à ce que la loi des Douze Tables, dont nous n'avons conservé que des fragments, eût contenu les modifications faites à l'institution des comices par centuries. Il est constant que cette loi a traité, dans un chapitre spécial, des garanties que les plébéiens ont obtenues contre les patriciens et réciproquement. Ainsi que nous l'avons dit, les crimes capitaux étaient enlevés par elle à la juridiction des tribus pour être attribués aux comices centuriates, concession des plébéiens tellement importante, qu'elle ne se comprend que par un changement plus démocratique dans l'organisation des centuries. La perte d'une partie des Douze Tables peut donc expliquer l'absence d'un texte positif. D'ailleurs, les anciens historiens romains, s'attachant plutôt aux faits qu'aux

butim plebes jussisset, populum teneret : qua lege tribunitiis rogationibus telum accerrimum datum est.

causes intimes des révolutions dans la constitution de l'État, ont pu passer sous silence des changements dans les comices par centuries, remontant à l'époque reculée du décemvirat, dont les traditions étaient tout à fait incertaines selon les expressions de Tite-Live [1].

Ce n'est que quand le récit des faits nécessite quelques aperçus sur la constitution intérieure du pays que les historiens romains en parlent. Tite-Live, le plus prolixe, fait alors intervenir des discours qui nous dépeignent les mouvements de l'époque, plutôt comme poëte que comme philosophe, approfondissant les choses. De là on comprend bien que si la transformation dans les comices centuriates a eu lieu à l'époque du décemvirat dont l'histoire est si peu connue, même par les anciens, avec la tendance de leur esprit, ils ne s'en soient pas occupés, lors même qu'ils avaient à raconter des événements ayant trait à ces comices. Ils vivaient au milieu de l'institution modifiée, et les causes qui avaient amené ce changement ne les intéressaient guère; aussi ne faut-il pas s'arrêter au silence qu'ils ont gardé sur l'époque.

5. Une chose nous frappe surtout et vient à l'appui de notre hypothèse, c'est que les plébéiens poursuivent leurs victoires sur les patriciens pendant tout le siècle qui suivit le décemvirat, et obtiennent successivement l'admission aux plus hautes fonctions de l'État, conférées *dans les comices centuriates;* au consulat, à la dictature, à l'édilité et enfin à la censure, le dernier asile de la puissance aristocratique. La loi agraire de Licinius Stolo, en 378, bornait à cinq cents arpents l'étendue des terres domaniales qu'il était permis de posséder; le reste devait être partagé entre les pauvres. Un État où de pareilles lois sont acceptées ne peut plus être gouverné par la constitution de Servius Tullius, qui donnait presque toute la puissance au petit nombre des riches seuls et excluait même les classes moyennes.

6. Enfin, ce qui prouve encore une transformation démocra-

[1] Quæ ab condita urbe Roma ad captam eamdem urbem Romani sub regibus primum, consulibus deinde ac dictatoribus, decemvirisque ac tribunis consularibus gessere foris bella, domi seditiones, quinque libris exposui : res quum vetustate nimia obscuras, velut quæ magno ex intervallo loci vix cernuntur : tùm quod parvæ et raræ per eadem tempora litteræ fuere, una custodia fidelis memoriæ rerum gestarum : et quod etiamsi quæ in commentariis pontificum, aliisque publicis privatisque erant monumentis, incensa urbe pleræque interiere. (Liv. VI, 1.)

tique des comices par centuries à l'époque que nous indiquons, c'est que les votes émanés depuis de ces assemblées sont souvent contraires aux vœux du sénat, qui refusa sans doute de les confirmer. Aussi intervint-il sous le consulat de Publicius Philon, en 340, une loi qui ordonnait que le sénat ratifierait d'avance les résolutions qui seraient prises dans les comices par centuries [1]. Ce fut une terrible brèche à l'autorité du sénat, qui, soit qu'il approuvât ou désapprouvât les résolutions du peuple, fut depuis obligé de les ratifier et de s'y soumettre.

Par tout ce qui précède, nous croyons avoir établi, autant qu'il est possible, par des conjectures raisonnables, en l'absence d'un texte positif, que l'époque des changements dans l'organisation des comices par centuries doit être, à quelques années près, celle du décemvirat.

7. Une autre question non moins difficile est celle de savoir quels sont les changements opérés dans l'organisation de ces mêmes comices.

Si les écrits des anciens ne fixent pas le moment précis de la transformation des comices centuriates, ils jettent du moins des lumières bien vives sur les modifications introduites dans l'institution de Servius Tullius, et nous verrons qu'ils nous fournissent quelques renseignements sur l'époque.

L'examen des textes auquel nous allons nous livrer paraît donc d'un intérêt capital dans l'éclaircissement des difficultés que présentent nos recherches. Remarquons d'abord que déjà, en 358, nous voyons apparaître les tribus avec cette épithète : *Jure vocatæ* [2], lors de l'élection des tribuns consulaires qui étaient, sans contredit, nommés dans les comices par centuries [3]. Quelques années après, en 374, lorsque le peuple romain fit une déclaration de guerre sur la proposition du sénat, c'étaient encore les tribus [4] qui, selon Tite-Live, votaient sur cette affaire qui, évidemment, était de la compétence des comices par centuries. Ceci prouve donc qu'à cette époque déjà

[1] Ut legum quæ *comitiis centuriis* ferrentur ante initum suffragium Patres auctores fierent.

[2] Tite-Live, V, 18.

[3] Tite-Live, V, 18. ..... Plebeios alios tribunos militum consulari potestate omnes fere *centuriæ* dixere. — Tite-Live, V, 52. Comicia centuriata quibus consules tribunosque militares creatis.

[4] *Ibid.*, VI, 21. Patres decreverunt, ut primo quoque tempore ad populum ferretur de bello eis indicendo....., omnes tribus bella jusserunt.

la division par centuries était subordonnée à celle des tribus.

Quelques auteurs allemands[1] écartent les conséquences que nous tirons des passages précités, en prétendant que Tite-Live s'est servi des termes de *tribus* dans les comices centuriates à une époque où ceux-ci n'étaient nullement modifiés, par une inexactitude de langage qu'explique l'habitude qu'il en avait prise dans les institutions de son temps. Pour eux, ce ne serait que peu de temps avant la deuxième guerre punique que ce changement aurait eu lieu, et ils s'appuient sur un autre texte de cet historien. Dans ce passage, Tite-Live[2] indique clairement que le changement dont nous venons de parler a réellement été effectué; il est ainsi conçu : « Nec mirari oportet hunc » ordinem, qui nunc est, post expletas quinque et triginta tri- » bus, duplicato earum numero, centuriis juniorum seniorum- » que ad institutam ab Servio Tullio summam non convenire. » Quadrefariam enim urbe divisa regionibus collibusque, quæ » habitabantur partes, Tribus eas appellavit; ut ego arbitror, ab » tributo : nam ejus quoque æqualiter ex censu conferendi ab » eodem inita ratio est. Neque hæ tribus ad centuriarum dis- » tributionem numerumque quicquam pertinere. » Nous donnons la traduction littérale du texte et les explications dont il a besoin : « Il ne faut pas s'étonner que l'ordre qui existe maintenant, après la création complète de trente-cinq tribus, en augmentant (successivement) leur nombre, et par conséquent celui des centuries des jeunes et des anciens, ne s'accorde pas avec le chiffre institué par Servius Tullius; car Servius avait bien divisé la ville en quatre quartiers qu'il appelait tribus....; mais ces tribus n'avaient aucun rapport avec la division des centuries et leur nombre. »

La différence capitale que Tite-Live tient à signaler entre l'organisation de son temps et celle de Servius Tullius, c'est que le nombre des centuries des jeunes et des anciens n'est plus le même; il a augmenté jusqu'au double, et voici la raison de ce changement. Servius Tullius avait fixé un chiffre invariable en attribuant un nombre déterminé de centuries à chaque classe, et, d'après cette organisation, le total n'aurait nécessairement pas changé avec l'augmentation des tribus; car la division en

[1] Gerlach, Goettling.
[2] Tite-Live, I, 43.

tribus et celle en centuries n'avaient aucun rapport entre elles. Mais ce chiffre n'était plus invariable depuis que les centuries étaient devenues une subdivision; car chaque fois qu'une nouvelle tribu était créée, il fallait aussi instituer de nouvelles centuries, et ces dernières n'ont atteint le chiffre maximum que lorsqu'on ne faisait plus de nouvelles tribus, c'est-à-dire après la création de la trente-cinquième tribu. C'est en 513 que le nombre des tribus s'est élevé à trente-cinq, chiffre qui a presque toujours été conservé intact et subsistait encore au temps de Tite-Live. Aussi cet historien signale-t-il cette époque, comme remarquable sous ce rapport, que le nombre des tribus et en conséquence des centuries a atteint son maximum. On voit, par une saine interprétation de ce passage, qu'il ne dit nullement que c'est en 513 seulement que la subordination des centuries sous les tribus ait commencé; mais il en résulte la preuve évidente qu'un changement a eu lieu dans l'organisation donnée par Servius aux comices par centuries. Cette modification consiste précisément dans le rapport des tribus et des centuries entre elles qui étaient entièrement séparées dans l'institution de ce roi.

8. De nombreux passages[1] prouvent qu'on avait égard dans les comices par centuries à la distribution du peuple en tribus. Aussi les candidats qui devaient être élus dans ces comices faisaient-ils faire la distribution de leurs libéralités aux tribus. Quintus Cicéron (*De petitione consulatus*) recommande à son frère, candidat pour le consulat, de bien connaître la division par tribus qui renferme les centuries. « Postea, dit-il, totam » Italiam fac ut in animo tributim descriptam comprehensam- » que habeas. »

Ainsi la division fondamentale en tribus s'appliquait aussi bien aux comices par centuries qu'à ceux par tribus. Pourtant on a conservé dans les comices centuriates la distinction des classes d'après le cens, la séparation dans chacune d'elles des jeunes et des vieillards, et celle des ordres. Selon les expressions de Cicéron[2] : « Censores partes populi in tribus descri-

[1] Tite-Live, XXIV, 7; XXVI, 22; XXVII, 6. — Cicero, *De leg.* Me non extremo tribus suffragiorum consulem declaravit. — Cic., *De leg.*, agr. II. 2.— Pro Planc. 20, centuria..... pars unius tribus. *De leg.*, III, 4.

[2] *De leg.*, III, 3, et III, 44. Descriptus enim populus censu, ordinibus, catatibus plus adhibet consilii quam fuse in tribus convocatus. — *De republica*,

» bunto (les trente-cinq tribus), ex in pecunias (les cinq classes) » avitates (les *seniores* et les *juniores*) ordines (sénateurs, che- » valiers et plébéiens). »

Remarquons d'abord que les censeurs étaient chargés de fixer les divisions territoriales appelées tribus qui variaient souvent au gré de leurs volontés. Ceci résulte implicitement du passage précité (*De pet. consulat.*); car chaque candidat devait bien étudier cette division qui, si elle avait été constante, n'aurait pas demandé une étude nouvelle que recommande Quintus à son frère, M. Tullius.

Mais c'était dans la répartition des citoyens parmi les différentes tribus que l'influence des censeurs se faisait surtout sentir dans l'intérêt de la politique. L'histoire romaine en fournit de nombreux témoignages. En 312, le censeur Appius, ce fier descendant de l'orgueilleuse race des Claudius, chercha, en haine des classes moyennes, l'appui du petit peuple qui, malgré ses instincts démagogiques, sait rarement se soustraire à l'influence des grands noms et des grandes fortunes. En dressant la liste du sénat, il y plaça des fils d'affranchis. L'indignation fut générale dans la noblesse plébéienne; les consuls, les tribuns, ne voulurent pas accepter ce sénat d'Appius. A cette opposition il répondit par une innovation autrement dangereuse. Il répartit dans toutes les tribus les *acrarii* et les *libertini*, les basses classes enfin, ou les humbles, comme dit Tite-Live [1]. C'était leur livrer les suffrages et ébranler la constitution. Dans les comices par tribus, où on votait par tête, le bas peuple devint ainsi maître. Jusqu'alors les tribus rustiques n'avaient pas été infectées par la vile populace, et elles faisaient la grande majorité: 27 contre 4. Mais dès ce moment la corruption devint générale [2]: « forum et campum corrupit, » et dans

V, 2. Quam commode ordines descripti, ætates, classes, equitatus in quo suffragios sunt senatus; nimis multis jam stulte hanc utilitatem tolli cupientibus qui novam largitionem quærunt aliquo plebiscito reddendorum equorum. — Tite-Live, VI, 28, et XL, 51. — Cic., *Verr.*, V, 38.

[1] IX, 46.

[2] Par une interprétation subtile et erronée, selon nous, M. Peter, un savant allemand distingué, explique cette phrase de Tite-Live dans ce sens qu'Appius aurait introduit la corruption dans les deux espèces de comices par centuries et par tribus à la suite de son innovation, et en tire argument pour prouver que les changements dans les comices par centuries existaient déjà bien avant la seconde guerre punique.

toutes les tribus se formaient deux factions nettement tranchées, les gens de bien et la populace des villes. Cet état fâcheux subsista jusqu'en 340, lorsque Q. Fabius et P. Décius furent nommés censeurs. Ils renfermèrent toute la basse classe des villes, après l'avoir chassée des tribus rurales, dans les quatre tribus restantes, qu'ils appelaient urbaines [1], de sorte qu'elles ne pouvaient jamais avoir que 4 suffrages sur 31. Ils rétablirent ainsi la tranquillité dans l'État et ôtèrent à la faction turbulente le pouvoir dans les comices. Mais les tribus urbaines furent par là dégradées ; c'était une punition d'y être inscrit, tandis qu'avant cette qualification spéciale les tribus de la ville n'avaient rien d'humiliant, au moins légalement, pour les citoyens qui en faisaient partie. Les censeurs, selon leurs vues politiques, se servirent plus tard des moyens ou d'Appius ou de Fabius pour la répartition du bas peuple dans les tribus. Ainsi pour que cette populace, réduite à la misère, n'eût que

[1] Tite-Live, IX, 46. « Fabius, simul concordiæ causa, simul ne humillimorum in manu comitia essent, omnem forensem turbam excretam in quatuor tribus conjecit, urbanasque eas appellavit. » De ce passage, M. Peter, en insistant sur la dernière phrase, a conclu que les quatre tribus de la ville n'avaient eu aucun droit de suffrage jusqu'au temps de Fabius, qui leur aurait accordé le vote dans les tribus urbaines par une espèce de transaction (*concordiæ causa*) entre la privation totale du droit de suffrage et la répartition de la multitude dans toutes les tribus rustiques opérée par Appius. Il fonde encore son opinion sur le passage précité de Tite-Live (I, 43), qui se termine par ces mots : « Neque hæ tribus (les quatre tribus de la ville) ad centuriarum distributionem numerumque quicquam pertinuere. » En lisant attentivement cet historien, sans système préconçu, on voit clairement que cette interprétation du savant allemand est forcée, et, selon nous, inexacte. En effet, Tite-Live n'a rien dit autre chose dans ce texte du livre IX, 46 : que Fabius avait appelé les tribus de la ville tribus urbaines, parce qu'il ne permettait pas au bas peuple de Rome de se faire inscrire dans les tribus rustiques ; et par là, à cause de leur composition, ces tribus étaient moins considérées que les autres. Quant au passage de Tite-Live (I, 43), il est vrai qu'on n'y parle que de quatre tribus qui n'auraient eu aucun rapport avec la division des centuries ; mais cela s'explique, soit que Servius n'eût donné le nom de tribu qu'aux quatre régions de la ville et non pas aux cantons ruraux (c'est l'opinion de Sigonius), soit par l'incertitude qui existe sur le nombre des tribus instituées par ce roi. Tite-Live parle seulement des quatre tribus de la ville, dont l'existence n'était contestée par personne, pour dire qu'il n'y avait aucun rapport entre la division en tribus et celle en centuries. D'ailleurs, rien dans l'histoire romaine ne confirme cette prétendue exclusion complète des tribus de la ville, pendant un certain temps, de la participation aux comices.

peu ou point de part au gouvernement, les uns avaient soin de la renfermer dans les quatre tribus de ville, et même quelquefois dans une seule tribu [1], de sorte que quelque nombreuse qu'elle fût, ses suffrages n'influaient que peu sur les délibérations des comices; au contraire, les autres [2], qui cherchaient s'appuyer sur cette même populace pour abaisser l'autorité du sénat, la répandaient dans toutes les tribus, et de cette façon lui donnaient la supériorité par le nombre de ses suffrages.

9. La mission des censeurs ne se bornait pas seulement à faire la répartition du peuple romain dans les différentes tribus, elle était plus étendue. Une fois la division par tribus faite, ils s'occupaient de former les classes des citoyens, en prenant pour base leur fortune d'après le cens; c'est-à-dire l'estimation inscrite sur des registres à ce destinés. On ne peut douter que les classes instituées par Servius Tullius n'aient été maintenues même après le rapport établi entre la distribution du peuple en tribus et celle en centuries. « Censores, dit Cicéron, populi » partes in tribus distribuunto, cum pecunias, ætates, ordines, » partiunto [3]. »

Le nombre des classes est resté le même; mais la sixième, composée des prolétaires et des *capite censi*, n'avait aucune importance jusque dans les derniers temps de la république; ainsi C. Gracchus, quoiqu'un des tribuns les plus favorables à la cause du peuple, proposa une loi pour modifier la manière de voter dans les comices par centuries, afin de supprimer toute distinction entre les différentes classes, et cependant il ne parle dans son projet que de cinq classes [4] : « ut ex confusis classibus » et quinque sorte [5] centurias vocarentur. » Ceci nous prouve évidemment qu'au temps des Gracches la sixième n'avait aucune influence sur les comices centuriates : aussi croyons-nous qu'elle ne forma tout au plus qu'une ou deux centuries, celles des prolétaires et des *capite censi*, qui donnaient leurs voix dans les tribus urbaines.

[1] Ainsi Tiberius Gracchus, père de Tiberius et de Caïus Gracchus.

[2] Ainsi au temps de Marius.

[3] Tite-Live, XXXIX, 44 : referre in censum. — Flor., 16 : censui adscribere. — Tite-Live : prædia censui censendo..... apta.

[4] Salluste, in orat. *De repub. ordin. ad Cæsarem.*

[5] Cicer., *De cred. rep.*, II; et dans ses Académiques, Cicéron (IV, 23) le dit expressément : *Quintæ classis videntur;* c'est-à-dire : ils paraissent être de la dernière classe.

Il ne peut être douteux pour personne que le cens qui était la base de la division en classes ne variât nécessairement pendant la longue durée de la république, d'après la prospérité croissante ou décroissante du peuple romain. En général les guerres avaient enrichi Rome, les bases de Servius ne pouvaient donc être acceptées comme une règle observée pendant fort longtemps. Nous en trouvons la preuve dans Tite-Live [1], qui nous donne un recensement des classes fait sous les censeurs L. Æmilius et T. Flaminius, d'après lequel la première classe possédait au-dessus de 1 million d'as, la deuxième de 1 million à 300,000, la troisième de 300,000 à 100,000; la quatrième de 100,000 à 50,000; la cinquième 50,000 et au-dessous.

Les centuries qui composaient les différentes classes étaient divisées en *seniores* et *juniores*. Tite-Live [2] parle formellement des centuries des jeunes qu'il oppose à celles des anciens, et les écrits de Cicéron en portent de nombreux témoignages. Ainsi on peut regarder comme certain que chaque tribu avait cinq classes, et que chaque classe possédait au moins deux centuries, une des *seniores* et une autre des *juniores*, de sorte qu'une seule tribu en contenait au moins dix. En admettant le chiffre maximum à trente-cinq, le nombre des centuries des jeunes et des vieillards aurait été au moins de trois cent cinquante. Servius Tullius n'en avait institué que cent quatre-vingt-treize, dont dix-huit formaient les centuries des chevaliers; déduction faite de ces dix-huit, il n'en restait plus que cent soixante-quinze pour les centuries *juniorum* et *seniorum*. Doublons ce chiffre de cent soixante-quinze, et nous trouvons le total de trois cent cinquante. Supposons que dix centuries n'étaient pas le minimum, mais le nombre constant de centuries que chaque tribu contenait depuis le changement des comices centuriates, le passage de Tite-Live (I,43) cesserait d'être obscur; en effet, il ne dirait rien autre chose que depuis qu'on a renfermé les centuries dans les tribus, avec l'augmentation de celles-ci, le nombre des centuries a dû nécessairement augmenter, et quand les tribus ont atteint le chiffre de trente-cinq, les centuries des jeunes et des anciens s'élevaient au nombre double qu'elles comptaient sous Servius Tullius, c'est-à-dire de cent soixante-quinze à trois

[1] XXIV, 10.
[2] VI, troisième décade, I, 43. — Cicer., *De rep.*, IV, 3; *De leg.*, III, 23.

cent cinquante. C'est ce chiffre maximum qu'il signale et explique par l'accroissement des tribus; il ne parle pas des centuries des chevaliers, parce que leur nombre n'était pas en rapport avec celui des tribus, et qu'elles n'étaient pas divisées en classes d'après le cens. On peut se demander pourquoi Tite-Live, tout en indiquant la somme exacte des tribus à trente-cinq, ne donne pas le nombre des centuries. Mais si l'on admet comme certain que chaque tribu ne devait contenir que dix centuries, il lui suffisait de dire qu'il existait alors trente-cinq tribus, pour que les Romains auxquels il s'adressait comprissent parfaitement que le nombre des centuries qu'elles renfermaient s'élevait à trois cent cinquante. Aussi trouve-t-on souvent dans l'histoire romaine qu'on a joint tel ou tel nombre de tribus aux anciennes; mais on ne parle jamais du chiffre des centuries des jeunes et des vieillards qu'on aurait ajoutées. Ce silence s'explique facilement, s'il est constant qu'à la création de chaque nouvelle tribu correspondait nécessairement la création de dix nouvelles centuries, dont deux pour chaque classe. Et il ne faut pas s'étonner que dans toutes les tribus, par exemple dans les tribus urbaines, il se soit trouvé des personnes assez riches pour appartenir à la première classe, puisque la distribution dans telle ou telle tribu se faisait par la volonté des censeurs, qui mettaient dans chacune d'elles des personnes de toutes les classes. D'ailleurs, dans les tribus urbaines se trouvaient les marchands et des affranchis qui avaient acquis de grandes fortunes, comme l'indiquent des inscriptions [1] qui ont été conservées. Ainsi, toutes les classes, ayant chacune le même nombre de centuries, avaient une égalité complète de suffrages. Le petit nombre des riches ne l'emportait plus sur les classes moyennes et la foule des pauvres. Ces modifications donnaient donc bien, comme l'affirme Denys d'Halicarnasse [2], un caractère plus démocratique aux comices par centuries. Un fait qui vient encore à l'appui de ce changement si simple et si naturel, c'est que dans les nombreuses luttes entre les plébéiens et les patriciens, l'organisation des comices par centuries n'a jamais été attaquée par

[1] Orelli, *Inscript.*, t. II, p. 30.

[2] IV, 21. Οὗτος ὁ κόσμος (l'institution de Servius) ἐν δὲ τοῖς καθ' ἡμᾶς κεκίνηται χρόνους καὶ μεταβέβληται εἰς δημοτικώτερον. Ce qui veut dire : L'organisation de Servius Tullius *se trouve* changée de nos jours dans un sens plus démocratique; et non pas *a été changée*.

rapport à la prépondérance de la première classe sur les autres, et pourtant ce caractère spécial et frappant de l'organisation de Servius était parfaitement apprécié par les anciens [1]. Mais si toutes les classes avaient une influence égale dans ces assemblées ayant autant de voix l'une que l'autre depuis l'époque du décemvirat, cette organisation ne devait plus donner lieu à des dissensions. Aussi quand C. Gracchus, ce fougueux tribun populaire, demande une réforme dans les comices centuriates, ce n'est pas à l'organisation des classes et des centuries qu'il s'attaque, mais à leur manière de voter, d'où la conséquence forcée, pour tout esprit jugeant sainement l'histoire romaine, que l'organisation de Servius avec cette prépondérance de la première classe n'existait plus depuis longtemps. Une preuve implicite de ce fait, mais positive, résulte de ce que la centurie prérogative est désignée dans différents passages de Tite-Live simplement par l'adjonction du mot *juniorum* [2]; on peut en conclure qu'il n'y avait que deux centuries dans la classe d'où sortait la *prérogative*. On ne distinguait donc plus dans chacune d'elle que la centurie des jeunes d'avec celle des anciens; tandis que si l'organisation de Servius avait encore subsisté sans modification, comme il y avait dans la première classe seule une première, deuxième, troisième, etc., jusqu'à quatre-vingts centuries, elle aurait nécessité une désignation plus précise pour indiquer la prérogative. Rappelons encore ce point, que les tribuns du peuple, de deux, ont été élevés au nombre de dix, deux pour chaque classe, par la loi Trébonia. Ce qui indique, ainsi que nous l'avons déjà dit, qu'à cette époque toutes les classes avaient les mêmes droits et exigeaient un égal nombre de magistrats protecteurs. Enfin, en admettant que chaque classe avait soixante-dix centuries, après l'élévation des tribus à trente-cinq, on peut expliquer le passage [3] si obscur et si diffé-

[1] Cicéron, *De repub.* — Tite-Live et Denys, etc., en parlent en plusieurs endroits.

[2] Tite-Live, XXIV, 7. « Aniensis junior prærogativa, » opposée aux autres centuries. — XXVI, 22. « Prærogativa Veturia juniorum, » opposé à « omnes centuriæ. » — XXVII, 6. « Galeria juniorum, quæ sorte prærogativa erat, Q. Fulvium et Q. Fabium consules dixerat, eodemque jure vocatæ inclinassent. » — Nous expliquerons dans la suite pourquoi on désigne la prérogative par la tribu seulement, sans ajouter la classe, lorsque nous exposerons les modifications introduites dans la manière de voter.

[3] II, 22.

remment interprété de la république de Cicéron; il est ainsi conçu : « Nunc rationem videtis esse talem, ut equitum centu-
» riæ cum sex suffragiis, et prima classis, addita centuria, quæ
» ad summum usum urbis fabris tignariis est data, LXXXIX
» centurias habeat : quibus ex centum quatuor centuriis (tot
» enim reliquæ sunt) octo solæ si accesserunt, confecta est vis
» populi universa : reliquaque multo major multitudo sex et no-
» naginta centuriarum neque excluderetur suffragiis, ne super-
» bum esset; nec valeret nimis, ne esset periculosum. » Cicéron parle de la constitution de Servius, et fait dire par Scipion à ses auditeurs : « Je vous ferais bien le tableau de cette distribution
» si vous ne la connaissiez parfaitement; mais de nos jours, vous
» voyez, le résultat de ce système est tel que les centuries
» équestres augmentées des six suffrages; et la première classe,
» en y joignant la centurie des charpentiers, qu'on y comprend
» à cause de leur utilité pour la ville, forment *quatre-vingt-neuf*
» centuries; si l'on ajoute, des cent quatre centuries (qui restent
» encore des cent quatre-vingt-treize centuries instituées par
» Servius), seulement huit, on a composé la principale force du
» peuple (la majorité), et les autres centuries, au nombre de
» quatre-vingt-six (car on a ôté dix-huit des cent quatre restant),
» bien supérieures par la multitude des citoyens qu'elles ren-
» ferment, ne seraient alors ni exclues des suffrages, ce qui se-
» rait despotique, ni investies d'un trop grand pouvoir, ce qui
» serait dangereux... »

Pour bien comprendre les explications que nous allons donner du passage que nous venons de traduire, il ne faut pas oublier que les auditeurs de Scipion, et les lecteurs auxquels s'adressait Cicéron, étaient des Romains qui connaissaient parfaitement l'organisation des comices centuriates de leur temps, puisqu'ils en voyaient continuellement la mise en pratique sous leurs yeux. C'est devant eux que Cicéron veut faire ressortir les avantages particuliers des comices par centuries, tels que Servius Tullius les avait institués, mais dont l'organisation était changée bien avant l'époque de Scipion. La démonstration la plus palpable pour des Romains était évidemment de faire l'application du système de Servius aux comices centuriates de son temps, et d'en montrer le résultat. En effet, sous ce roi, quatre-vingt-dix-sept centuries formaient la majorité; il ne restait plus que quatre-vingt-seize, la minorité du total de

cent quatre-vingt-treize. Pour composer ce chiffre de quatre-vingt-dix-sept, majorité de Servius au temps de Cicéron (*nunc*), il faut faire ce calcul : Prenez d'abord la première classe (de 70 centuries), ajoutez dix-huit centuries votant dans l'ordre équestre et une centurie de charpentiers, vous en trouverez quatre-vingt-neuf; il ne faudrait ajouter que 8 centuries seulement (*solæ*) pour obtenir la majorité dans le système de Servius. Tous les Romains de son époque, par cette application de l'institution de ce roi à l'organisation dès lors en vigueur, en comprenaient de suite le système fondamental, qui consistait à donner la supériorité dans les suffrages non à la multitude, mais aux riches seuls : « Ut suffragia non in multitu- » dinis, sed in locupletum potestate essent; » principe[1] que Cicéron veut, avant tout, mettre en lumière. Après avoir ainsi éclairé l'antique institution changée par un rapprochement avec l'organisation des comices centuriates de son temps, il continue l'exposé rempli d'éloges même pour les détails de la constitution servienne. Avec l'interprétation que nous donnons, tout s'accorde parfaitement; le mot *nunc* a sa signification naturelle du temps présent; les chiffres que Cicéron donne sont exacts, celui de quatre-vingt-neuf d'abord, ensuite ceux de cent quatre et quatre-vingt-seize. La différence du temps dans les verbes, c'est-à-dire du présent (*habeat*) et des imparfaits du subjonctif (*excluderetur et nec valeret nimis*), devient ainsi compréhensible. En effet, quand Cicéron parle de ce qui existait de son temps, des quatre-vingt-neuf centuries qui votaient dans la première classe, il emploie le présent (*habeat*); et quand, au contraire, il indique une hypothèse relative à la constitution de Servius, qui n'existait plus de son temps, c'est de l'imparfait du subjonctif qu'il se sert (*excluderetur*, etc.). Toute autre explication nécessite des changements dans les chiffres qu'indique le texte de Cicéron, et même alors le présent et l'imparfait, dans les verbes, resteraient incompréhensibles. Il faut la hardiesse du génie de Niebuhr[2] pour se permettre des corrections dans le manuscrit de la République de

[1] ..... Ia valebat in suffragiis plurimum, cujus plurimum intererat esse in optimo statu civitatem.

[2] Ses corrections sont ainsi faites : *LXXXVII* (au lieu de LXXXIX) centurias habeat; *quibus XII* (au lieu de *octo*) centurias, tot enim reliquæ sunt (*equitum* est ajouté) solæ si accesserunt.

Cicéron, qui est tellement ancien qu'il a la valeur d'un document authentique.

Si cette explication que nous donnons de ce passage de Cicéron est exacte ; ce serait une nouvelle lumière qui en rejaillirait pour mettre au grand jour les changements opérés dans les comices centuriates. En effet, il en résulterait la preuve que soixante-dix centuries formaient la première classe depuis la création de trente-cinq tribus, au lieu de quatre-vingts centuries instituées par Servius, chiffre qui concorde parfaitement avec le cinquième de trois cent cinquante, total des cinq classes réunies. Si des changements importants ont été faits dans les centuries des jeunes et des anciens, on a toujours conservé celles des chevaliers, et leur nombre ne paraît pas avoir varié. Ainsi il y avait toujours dix-huit centuries équestres, dont six étaient d'origine patricienne ; on les appelait les six *suffragia*, et nous pensons que, dans tous les temps, il fallait appartenir à une maison patricienne pour pouvoir entrer dans ce corps d'élite. C'était une distinction honorifique sans grande importance pour la marche du gouvernement ; elle ne devait nullement choquer les plébéiens, qui avaient toujours conservé un grand respect pour les familles anciennes. Dans les autres douze centuries de chevaliers, servaient de jeunes plébéiens qui étaient en général fils de familles riches appartenant aux nobles (*nobiles*) de race non patricienne. Les chevaliers étaient la fleur de la jeunesse romaine, qu'au temps de Cicéron on nommait fréquemment *adolescentes* ou *adolescentuli nobiles*. C'étaient eux surtout qui aspiraient aux fonctions élevées dans l'État (*seminarium senatus*[1]), et qui faisaient d'abord le service militaire exigé, avant de pouvoir se porter candidats pour les grandes charges.

10. Pour augmenter encore l'éclat extérieur de l'ordre équestre, les censeurs Fabius et Decius, en 350, instituèrent la revue annuelle des chevaliers. Le 15 juillet, chaque année, ils se rendaient à cheval, du temple de Mars au Capitole, revêtus d'une robe blanche rayée de pourpre (*trabea*), une couronne d'olivier sur la tête, une bague d'or au doigt, et portant les récompenses militaires accordées à leur valeur. Ainsi passait cette brillante jeunesse, fière et glorieuse, sous les yeux

[1] Tite-Live, IX, 46.

du peuple, imprimant le respect et la crainte. C'était la fête de la noblesse romaine.

Lorsqu'ils devinrent sénateurs, ils conservèrent généralement leur cheval (*equus publicus*) pour continuer leurs services militaires comme légats ou tribuns, car les sénateurs n'en étaient pas affranchis avant d'avoir atteint l'âge de quarante-six ans.

Ces sénateurs, en même temps chevaliers, votaient dans l'ordre équestre, et ainsi s'explique le passage de Cicéron : « Quam commode ordines descripti, ætates, classes, equitatus, » inquo suffragia sunt etiam senatus[1]. » Le parti populaire voulait quelquefois ôter aux sénateurs leurs chevaux, entretenus aux frais de l'État, comme Cicéron le leur reproche en ces termes : « Nimis multis jam stulte hanc utilitatem tolli cupien- » tibus qui novam largitionem quærunt aliquo plebiscito equo- » rum reddendorum[2]. »

11. Après avoir indiqué de quels éléments se composaient les comices par centuries, après leur transformation, il nous reste à examiner comment ces éléments étaient mis en mouvement pour rendre des décisions ou faire des lois, c'est-à-dire de quelle manière se faisait la votation.

Tout le monde est d'accord que, selon le mode[3] prescrit par Servius Tullius, on prenait d'abord les suffrages des dix-huit centuries de chevaliers, ensuite ceux de quatre-vingts centuries de la première classe. Ce n'est que quand ces centuries n'étaient pas d'accord qu'on avait recours aux suffrages de la deuxième classe. Si les voix étaient encore partagées, on admettait à voter successivement la troisième, la quatrième et la cinquième classe jusqu'à ce que le plus grand nombre l'eût emporté. S'il arrivait que toutes ces classes, faisant en tout cent quatre-vingt-douze centuries, fussent si divisées qu'il y eût quatre-vingt-seize suffrages de part et d'autre ; la dernière centurie qui n'était composée que de citoyens pauvres, exempts de servir et de payer un tribut, donnait sa voix, et le côté vers lequel elle se portait devenait le parti le plus fort et décidait de l'affaire. Mais c'était un événement si rare, que Denys dit qu'il n'y en a pas d'exemple à sa connaissance. L'affaire était ordinairement

[1] *De repub.*, IV, 53.
[2] *Ibid.*
[3] Denys d'Halicarnasse, IV, 20. — Tite-Live, I, 43.

terminée par les premières centuries, et l'on n'en venait presque jamais jusqu'à la quatrième classe; de sorte que la cinquième et la sixième n'étaient point appelées à donner leur avis. Ainsi, dans les comices par centuries, il existait un ordre successif des suffrages selon les classes qui, chacune, ne votaient qu'à leur rang.

12. Voyons maintenant si depuis les changements dans l'organisation de ces comices la manière de voter a de même subi des modifications.

Pour mieux saisir nos développements, conduisons nos lecteurs au milieu des comices romains tenus pour l'élection de Dolabella dépeinte par Cicéron[1]. C'est aux paroles du grand écrivain que nous rattacherons nos explications; elles sont ainsi conçues : « Ecce Dolabellæ comitiorum dies, sortitio pre-» rogativæ : quiescit. Renuntiatur : tacet. Prima classis vocatur : » renuntiatur. Deinde, ut assolet, suffragatum secunda classis » vocatur; quæ omnia sunt citius facta, quam dixi. Confecto » negotio bonus augur Lælium diceres) *alio die* inquit. »

Le commencement de l'élection de Dolabella se fait par le tirage au sort de la centurie qui, la première, devait donner son suffrage (*sortitio prærogativæ*); de là elle est nommée *prærogativa*. Souvent la tribu elle-même s'appelait *prærogativa;* on peut en conclure que probablement on tirait d'abord au sort la tribu et ensuite la centurie de cette tribu qui, la première, était appelée à donner sa voix. Le vote de celle-ci avait une influence sur les suffrages des autres tellement grande, que, d'après Cicéron, celui qui avait réuni en sa faveur les suffrages de la prérogative regardait son élection comme certaine, et il n'y avait point d'exemple qu'il n'eût emporté la majorité des voix dans ces comices mêmes ou du moins dans la même année[2]. L'emploi du tirage au sort pour le choix de la prérogative est une innovation inconnue au temps de Servius Tullius. Ceci nous conduit à l'examen de différentes expressions latines dont l'explication a un intérêt vraiment historique. Ces expressions sont : *præ-*

[1] *Phil.*, II, 33, § 82.

[2] *Pro Planc.*, § 49. An tandem una centuria prærogativa tantum habet auctoritatis, ut nemo unquam prior tulerit, quin renuntiatus sit aut in *ipsis comitiis* consul *aut certe in illum annum*..... Non *unius tribus pars*, sed comitia tota comitiis fuerint prærogativa. Tite-Live, XXVI, 22. — Cicero, *De divin.*, I, § 103.

rogativæ, prærogativa, primo vocatæ, sorte prærogativa et *jure vocatæ*.

Dans tous les temps, il y avait des centuries qui votaient avant les autres. On rencontre la prérogative déjà lors de l'élection des tribuns militaires avec pouvoir consulaire. Tite-Live en parle ainsi [1] : « Haud invitis patribus P. Licinium Calvum præ» rogativa (æ) tribunum militum creant [2]. » Tant qu'on observait le mode et l'ordre prescrits par Servius, c'étaient les dix-huit centuries équestres qui étaient les prérogatives d'après le rang qu'elles occupaient. Aussi sont-elles désignées dans les textes par le mot *prærogativæ*. On appelait *primo vocatæ* les centuries des jeunes et des anciens de la première classe. C'est sous ces désignations qu'on les trouve réunies dans un passage de Tite-Live [3] ainsi conçu : « Nemini dubium erat quin Fabius omnium » consensu destinaretur, eumque et *prærogativæ* et *primo vo*» *catæ* omnes centuriæ consulem cum L. Volumnio dicebant. »

Souvent l'expression de *primo vocatæ* comprend les centuries des chevaliers et celles de la première classe ensemble. Citons à l'appui un autre passage de Tite-Live [4] qui dit en termes formels : « Quum primo vocatæ Q. Fabium consulem dicerent » omnes centuriæ...., » sans ajouter comme dans l'autre passage *et prærogativæ*. En effet, d'après l'institution de Servius Tullius, on appelait d'abord les chevaliers et la première classe pour décider l'affaire, et l'on n'avait recours à cette espèce de seconde convocation que lorsqu'il y avait dissentiment entre les quatre-vingt-dix-huit centuries (*ibi si variaret* [5]). C'est donc avec raison et en termes très-exacts qu'on les appelait *primo vocatæ*, puisqu'il y avait un temps d'arrêt pour constater leur dissentiment, avant d'appeler au vote la seconde classe.

De tout ce que nous venons de dire, il suit que pendant un certain temps, après la constitution de Servius, on observait l'ordre et le rang que ce roi avait assignés à chaque centurie. Celles des chevaliers votent les premières [6] (*prærogativæ*);

[1] V, 18.

[2] Le pluriel (*creant*) s'explique, parce que *prærogativa* comprend alors plusieurs centuries qui votaient toujours les premières, celles des chevaliers.

[3] X, 22.

[4] X, 15.

[5] I, 43.

[6] Tite-Live, I, 43. Equites enim vocabantur primi, octoginta inde primæ classis centuriæ.

viennent aussi les centuries de la première classe *primo vocatæ*, ou simplement *primo vocatæ* dans un sens large pour toutes les centuries de la première classe, y compris les chevaliers, ce qui a lieu souvent dans les anciens historiens[1].

Il est à remarquer que ces expressions ne se trouvent dans Tite-Live que dans la première décade, c'est-à-dire jusqu'en 462; depuis, la prérogative était choisie par le sort; ce n'était donc plus le rang qu'on observait. La désignation de la prérogative par le sort est le signe caractéristique et essentiel du changement qui s'est opéré dans la manière de donner les suffrages; jusque-là l'ordre des chevaliers avait formé constamment les centuries prérogatives, par le privilége que leur donnait le rang qu'ils tenaient dans les comices; mais plus tard, lorsque le sort en décide, on voit d'autres centuries devenir la prérogative : « Galeria juniorum quæ *sorte prærogativa* erat, Q. Fulvium » et Q. Fabium consules dixerat; eodemque jure vocatæ incli» nassent. »

Il faut maintenant rechercher la cause qui a donné naissance à ce changement dans la manière de voter; nous la trouvons dans le grand nombre de citoyens qui avaient obtenu le droit de suffrage.

13. Depuis que les affranchis et les Italiens étaient reçus dans les tribus romaines, il aurait fallu plusieurs jours pour recueillir les votes successifs des centuries en suivant le mode de Servius Tullius, surtout depuis la nouvelle organisation des comices centuriates dans lesquels la première classe n'avait que soixante-dix voix et quatre-vingt-huit sur trois cent soixante-huit. Tant que le nombre des citoyens était restreint, on pouvait continuer à se servir du vote successif des centuries, selon le rang qu'elles occupaient dans leur classe. Ce mode présentait même cet avantage que les classes inférieures avaient le temps, pendant que les chevaliers et la première classe donnaient leurs suffrages sous leurs yeux, de s'informer du candidat et de l'apprécier; et l'autorité des principaux citoyens ne manquait pas de faire une certaine impression sur ces hommes, souvent étrangers aux affaires politiques ou habitant la province, lorsqu'à leur tour ils étaient appelés à voter. Mais depuis qu'on n'allait plus aux voix par classe, mais par tribus composées

[1] Tite-Live, X, 17. — Denys, VII, 59.

d'habitants de tous les pays, il fallait un autre moyen pour guider les citoyens dans les élections. Ce fut alors que s'introduisit l'usage de choisir une centurie par le sort qui, en votant la première, devait servir de modèle pour diriger les autres. Les élections se faisaient en deux fois. D'abord la prérogative donnait ses suffrages, ensuite toutes les autres centuries votaient ensemble dans leurs tribus subdivisées en classes.

Aussi l'expression *prærogativa* est-elle opposée à *jure vocatæ*[1] ou à *ceteræ centuriæ* ou à *omnes centuriæ*.

Ici se présente une question très-controversée. La prérogative était-elle choisie seulement parmi les centuries de la première classe, y compris celles des chevaliers, ou parmi toutes les centuries des cinq classes réunies? Cette dernière opinion a été adoptée par le savant Grouchy, au XVIe siècle, dans son traité des comices. Selon lui, les Romains n'auraient jamais toléré ce privilége en faveur de la première classe, puisque la décision de la prérogative devait être suivie par les autres centuries. C'est en effet une très-forte objection, qu'il est difficile de détruire entièrement. Cependant il faut observer que le vote de la prérogative n'était pas obligatoire pour les autres centuries, que ce n'était qu'un indice favorable; car à quoi bon la continuation du vote, si le suffrage de la prérogative rendait le choix du candidat certain? Cicéron[2] n'y voit qu'un heureux présage dont on peut comparer l'influence à une espèce d'antécédent[3] judiciaire qui ne lie pas les juges, mais sert d'exemple généralement suivi. En effet, la prérogative avait pour but d'éclairer les personnes qui, étrangères à la politique, soit qu'elles eussent une position inférieure ou qu'elles habitassent la campagne, n'étaient pas à même de connaître les candidats. Il parut alors convenable de choisir la prérogative de façon à ce qu'elle offrît le plus de garanties possibles de connaissance des hommes et des affaires publiques; et pour ce motif l'usage de la prendre

[1] Tite-Live, XXVII, 6; XXIV, 7. « Aniensis juniore prærogativæ, » opposée à « ceteræ centuriæ. » — XXVI, 22. « Prærogativa veturia juniorum, » opposée à « omnes centuriæ. »

[2] Dis. I, § 103. Cicéron appelle le suffrage de la prérogative *omen* : « Prærogativam majores etiam omen justorum comitiorum esse voluerunt. »

[3] Resquæ cum statuta fuerit affert judicaturis exemplum quod sequantur (p. 104, ed. Or.). — Primo prærogativæ dicebant, quos vellent consules fieri secundo jure vocatæ; quod in his sequente populo, *ut sæpe contigit*, prærogativarum voluntatem, jure omnia complerentur.

seulement dans la première classe, comme renfermant les plus riches, et probablement les citoyens les plus instruits et les plus versés dans la politique, s'était établi sans blesser la susceptibilité des autres classes. Aussi n'était-ce pas parmi les centuries équestres seules, mais dans toute la première classe qu'on tira au sort la prérogative, leur reconnaissant à toutes cette aptitude spéciale de pouvoir servir de guide aux inférieures. On avait ainsi conservé autant que possible l'avantage qu'offrait le mode prescrit par Servius Tullius; ce qui s'explique très-bien par le bon sens pratique des Romains et leur attachement aux formes anciennes.

D'après l'institution de Servius, il y avait un intervalle entre les suffrages des centuries de la première classe (*primo vocatæ*) et ceux des autres qui avaient ainsi le temps de s'éclairer sur les candidats, et par les votes qui avaient lieu sous leurs yeux et par des questions et des explications mutuelles. Depuis que la grande augmentation des citoyens avait nécessité un changement dans la manière de voter, on obtenait le même résultat par l'introduction de la prérogative tirée au sort parmi les centuries de la première classe. C'est sous ce point de vue que l'utilité de son institution fut envisagée par Festus dans le passage que nous allons citer : « Prærogativæ centuriæ dicuntur, ut do-
» cet Varro rerum humanarum t. VI quæ rus... Romani, qui
» ignorarent petitores, facilius eos animadvertere possent.....
» Verrius probabilius indicat esse, ut cum essent designati a præ-
» rogativis, in sermonem res veniret populi de dignis indignisve
» et fierent cæteri diligentiores ad suffragia de his ferenda. »

Il résulte clairement de ce texte que les anciens écrivains signalaient dans l'établissement de la prérogative l'avantage que nous avons déjà fait remarquer. Enfin ce qui vient encore confirmer notre opinion que la prérogative n'était choisie que dans la première classe, ce sont les expressions que Tite-Live emploie pour sa désignation. Chaque fois que cet historien [1] en parle, il n'indique que le nom de la tribu [2] avec l'adjonction de *juniorum* pour la distinguer de la conturie des vieillards, mais sans nommer la classe.

De là on peut conclure qu'il était inutile de la faire connaître

[1] XXVII, 6. Galeria juniorum quæ sorte prærogativa erat. — XXIV, 7. Aniensis junior prærogativa. — XXVI, 22. Prærogativa Veturia juniorum.

[2] V. *suprà*, p. 260, à la note 2.

aux Romains, puisque tout le monde savait alors qu'elle était prise dans la première. Par toutes ces raisons, nous croyons que le savant Grouchy s'est trompé en soutenant que la prérogative était choisie dans les centuries de toutes les classes. Nous avons vu précédemment que les expressions *prærogativæ* et *primo vocatæ* ne se trouvent chez Tite-Live que dans la première décade; de même il ne fait mention de la *prærogativa* choisie par le sort que dans la troisième décade pendant la deuxième guerre punique, en l'opposant à l'ensemble des autres centuries *jure vocatæ*. Tout ceci est parfaitement conforme à l'interprétation que nous avons donnée de ces différents termes, et indique que les changements dans la manière de voter selon le mode de Servius n'ont probablement eu lieu que vers l'époque sus-indiquée.

14. Nous devons ici faire observer que Tite-Live[1], qui raconte avec beaucoup de détails un procès capital jugé par les comices centuriates, ne parle pas à cette occasion de la prérogative; il est probable qu'elle n'était pas en usage pour les jugements que rendaient ces assemblées. Et on le comprend maintenant, parce qu'il ne s'y agissait pas, selon la définition que Festus et Verrius donnent de la prérogative, d'éclairer les citoyens des classes inférieures sur les candidats à choisir; mais à apprécier des faits et circonstances qui avaient été exposés longuement devant eux.

15. Il nous reste encore à donner quelques explications sur la votation des autres centuries (*jure vocatæ*) après le suffrage de la prérogative. Rappelons à cet effet les expressions de Cicéron lors de l'élection de Dolabella. Après le vote de la prérogative : « Prima classis, dit-il, vocatur : renuntiatur. Deinde, ut » assolet, suffragatum secunda classis vocatur ; quæ omnia sunt » citius facta quam dixi. » Ainsi il est constant qu'au temps de Cicéron on recueillait les suffrages par classes, puisque c'est la première qui est d'abord appelée à voter, ensuite la seconde. Mais il ne faut pas oublier que toutes les tribus allaient au suffrage ensemble ; seulement à la différence des comices par tribus, les citoyens appartenant à chaque tribu se divisaient de nouveau en classes, et chaque classe en deux centuries qui votaient successivement, à commencer par celle des anciens. De là il résul-

[1] XLIII, 6.

tait que, dans les comices centuriates, toute la tribu ne donnait pas à la fois son suffrage, mais seulement les centuries qui appartenaient à la classe appelée à voter (*vocata*), tandis que dans les comices par tribus, tous les membres d'une même tribu allaient au suffrage sans distinction (*confuse*) de classes.

Pour indiquer cette particularité dans le vote des tribus assemblées pour les comices centuriates, on les appelle souvent *tribus jure vocatæ*, puisqu'on y votait d'après un ordre réglé légalement, c'est-à-dire d'après le cens des diverses classes. Toutes les fois qu'une section de toutes les tribus, c'est-à-dire une classe, avait donné son suffrage, le héraut (*præco*) faisait connaître le résultat (*renuntiatur*). Quand un candidat avait pour lui l'unanimité des suffrages dans la première et la deuxième classe et la majorité dans la troisième, sa nomination était assurée, et les voix des dernières classes n'avaient plus aucune importance. Lorsqu'au contraire il y avait dissentiment dans les classes supérieures, c'étaient les inférieures qui décidaient. Aussi Cicéron [1], dont la nomination au consulat avait été accueillie par tout le monde, dit : « Itaque me non extrema » tribus suffragiorum, sed primi illi vestri concursus, neque » singulæ voces præconum, sed una voce universus populus » Romanus Consulem proclamavit. » Le vote simultané [2] de toutes les tribus, malgré le grand nombre de citoyens contenus dans chaque classe, devait imprimer une grande célérité à cette opération, et l'on comprend ainsi l'expression un peu hyperbolique de Cicéron pardonnable à un orateur : « Quæ omnia sunt citius facta quam dixi. »

Il ajoute encore ces mots : « Confecto negotio bonus augur » (Lælium diceres) alio die inquit. » Niebuhr s'était appuyé sur cette phrase pour soutenir qu'il n'y avait que deux classes au temps de Cicéron, puisque ce dernier dit *confecto negotio*, c'est-à-dire que l'affaire était terminée après le vote de la première et de la seconde classe. Mais cette interprétation du savant danois nous paraît erronée ; en effet, dans la bouche de l'orateur ro-

[1] Cic., *De leg. agr.*, or. II, § 4.

[2] Il existait probablement au moins autant de ponts, *pontes*, *septa* ou *ovilia*, qu'il y avait de tribus. Cicéron les nomme ordinairement au pluriel ; ainsi *pontes lex maria fecit angustos* : De leg., III, 17. — Operæ Claudianæ *pontes occuparant* : Att., I, 14. — Cum Claudius *in septa vi* ruisset : Pro Mil., 15. — Miseræ maculavit *ovilia Romæ*. Lucan., *Pharsal.*, II, 197.

main, ces expressions ne veulent rien dire autre chose que l'affaire de Dolabella était faite, et qu'il était sur le point de réussir dans son élection. La prérogative et les deux premières classes avaient voté pour lui, et alors Antoine, voyant qu'il y avait des dispositions favorables pour son adversaire dans les autres, surtout que la troisième classe commençait déjà à donner son suffrage, faisait remettre les comices à un autre jour en sa qualité d'augure [1].

16. Il nous reste encore à examiner de quelle manière s'exprimait le suffrage chez les Romains. C'était d'abord de vive voix que les citoyens émettaient leurs votes. Aussi, lors de l'élection des magistrats, on employait cette formule : *Consules... nomino, vel dico* [2], et pour adopter les lois : *Uti rogas, volo vel jubeo* [3].

Cette publicité du vote paraissait une garantie suffisante contre des candidatures indignes. Aussi tant que le peuple donnait oralement ses suffrages, il pouvait nommer qui bon lui semblait, quand même la personne eût été absente de Rome ou n'eût pas été reçue parmi les candidats, à moins que les lois ne missent quelque autre obstacle à son élection.

Mais dans les derniers temps de la république, époque de la plus grande liberté pour les suffrages, différentes lois, appelées depuis *leges tabellariæ*, déterminèrent que les votes seraient donnés par tablettes ou bulletins. En 614, Gabinius, tribun du peuple, introduisit l'usage des bulletins dans l'élection des magistrats. Deux années après, la loi *Cassia*, proposée par le tribun Cassius Longinus, étendit cet usage à tous les jugements rendus par le peuple, excepté ceux de perduellion [4]. Enfin, en 622 et 630, par les lois Papiria et *Papiria* et *Cœlia*, il fut ordonné qu'on distribuerait des bulletins même dans les procès de haute trahison, cas expressément réservé par la loi *Cassia* [5].

Ces lois [6] avaient à la vérité donné plus de liberté au peuple;

[1] *Bonus augur* est une ironie de Cicéron contre Antoine, qui faisait remettre les comices déjà commencés, tandis que l'*augur* ne pouvait consulter les auspices que *ante comitia inita*, mais non plus tard. Ce droit n'appartenait qu'aux consuls présidant les comices.

[2] Tite-Live, XXIV, 8 et 9.

[3] Cicer., *De leg.*, II, 10.

[4] Cic., *ibid*, 25 et 27.

[5] Cic., *De leg.*, III, 16.

[6] *Ibid.* — Planc. 6.

mais d'un autre côté elles ôtaient entièrement à la noblesse et aux gens de bien l'influence qu'ils exerçaient auparavant sur les suffrages du peuple.

Lorsque les comices étaient assemblées pour l'élection des magistrats, les noms des candidats étaient écrits sur les bulletins par des lettres initiales, et l'on en distribuait autant qu'il y avait de candidats.

On appelait candidats ceux qui, dans un certain temps prescrit par les lois [1], se mettaient sur les rangs pour briguer quelque magistrature. Ce nom leur vint de la robe blanche (*a toga candida*) qu'ils portaient, et pour attirer l'attention du peuple ils la rendaient plus éclatante, par des moyens artificiels, que celle des autres Romains opulents qui adoptaient le blanc comme couleur favorite dans les vêtements. Les candidats ne portaient point de tunique sous leur robe, soit pour affecter par là une grande humilité dans leurs sollicitations, soit [2] pour montrer plus facilement les cicatrices qu'ils avaient reçues au service de l'État.

Dans les derniers temps de la république, on ne pouvait être considéré comme candidat, si l'on n'était pas présent, et si l'on n'avait pas déclaré se mettre sur les rangs, dans les délais prescrits par la loi, c'est-à-dire avant l'époque [3] de la convocation des comices; de plus, les candidats étaient obligés d'obtenir l'agrément du magistrat qui devait les présider. Ce dernier pouvait les exclure en donnant un motif légitime, cependant le sénat avait le droit d'annuler la radiation prononcée par les consuls, etc. Ce magistrat examinait si les candidats avaient l'âge requis par les lois, s'ils avaient rempli leurs années de service, s'ils ne s'étaient pas rendus coupables de quelque grand crime, enfin s'ils méritaient que le peuple leur confiât la charge à laquelle ils aspiraient. Dès qu'ils étaient acceptés par ce magistrat, ils étaient reçus parmi les candidats. Longtemps avant l'élection ils s'efforçaient de capter la bien-

[1] Cic., *pro Dom.*, 43.

[2] Plutarch., *in Coriol.*, t. II, p. 220. B.

[3] Salluste, Cat. 18. — Cic., *ad Fam.*, XVII, 12. — Jules César, à son retour de l'Espagne, qu'il avait gouvernée en qualité de Propréteur, fut obligé d'abandonner l'espérance certaine d'un triomphe qu'on ne pouvait lui refuser, pour ne pas laisser échapper le consulat. Il fallait donc être à Rome le jour de l'élection; et même César, aux portes de Rome, ne put obtenir qu'on le dispensât de cette loi. (Plutarch., *in Cæsare*, p. 713.) — V. Beaufort, p. 219.

veillance populaire par toutes sortes de prévenances : aussi Cicéron les appelle-t-il la nation du monde la plus polie (*natio officiosissima*).

Le jour de l'élection venu, on commençait par lire à haute voix les noms des candidats; ensuite chaque citoyen recevait à l'entrée des ponts, conduisant à l'urne électorale, des mains de certains fonctionnaires publics nommés *diribitores* ou *distributores*, des bulletins sur lesquels on avait tracé les noms des candidats. Cependant quelques précautions que l'on prît, il se commettait divers abus dans leur distribution : ainsi on employait quelquefois des bulletins particuliers préparés [1] chez les citoyens et différant de ceux dont on faisait la distribution, lorsqu'on voulait donner son suffrage à des gens qui n'osaient se mettre sur les rangs en qualité de candidats; mais comme on en faisait peu de cas, l'usage en fut très-rare [2].

Outre les distributeurs des bulletins, il y avait d'autres personnes préposées à les recevoir (*rogatores*), qui les faisaient mettre dans une urne placée devant elles. Enfin, pour empêcher la fraude dans l'émission des votes ou la remise des bulletins, on avait créé des inspecteurs, nommés *custodes*, qui enlevaient les votes de l'urne électorale (*educebant*), les marquaient sur une tablette par des points [3], et les comptaient.

Des personnes du premier rang, les parents ou amis des candidats, ou les partisans de la loi proposée, remplissaient souvent les fonctions de *distributores*, *rogatores* ou *custodes* [4]. Dans les comices où le rappel de Cicéron fut décidé, les principaux du sénat en firent les fonctions. Cicéron lui-même se présenta comme *custos* en faveur de L. Pison, lors de son élection au consulat.

Le candidat qu'avait désigné la pluralité des suffrages était proclamé élu par le magistrat président, qui, après une prière solennelle, recevait son serment. Il semble, d'après le témoignage de l'historien Valère Maxime, que cette proclamation

[1] Suet. Jul., 80.

[2] Plin., ep. IV, 25.

[3] Dirimere suffragia. Lucan., V, 393. — « Omne punctum ferre : » réunir tous les suffrages. Horat., *Ars poet.*, 343. — Cic., *pro Murena*, ep. 34; *pro Planc.*, c. 22.

[4] Lib. III, c. 8, n° 31. — Fabius Cunctator exerça ce droit au milieu de la seconde guerre punique.

était nécessaire, et lorsque le président des comices se refusait à la faire, l'élection ne produisait pas son effet. Ainsi lorsqu'un certain Lollius Palicanus, ancien tribun du peuple, briguait le consulat, Pison, présidant comme consul les comices, en 688 de Rome, répondit aux tribuns qui le pressèrent pour savoir s'il proclamerait Palicanus consul, dans le cas où il serait élu par le peuple : « Eh bien! dit Pison avec fermeté, je ne le proclamerai pas. » Par cette déclaration, dit l'historien cité, il ôta à Palicanus toute espérance de se voir élevé au consulat.

Conclusion.

17. Ce travail est le résultat de recherches patientes et laborieuses sur la question si difficile de la transformation des comices centuriates. Nous avons tâché d'appuyer constamment nos raisons sur l'autorité des anciens, et d'éviter les fausses lueurs qui ne viennent que des éclairs trompeurs de l'imagination. Ce soin nous a paru d'autant plus nécessaire qu'il s'agissait, dans tous ces développements, de donner des éclaircissements précis sur un point important de la constitution romaine, digne de la méditation des hommes qui s'occupent des affaires publiques. En effet, quand on creuse à fond la marche de ce gouvernement, on voit que sa grandeur et sa durée sont plutôt le résultat de ses combinaisons sages et de sa prudence dans les réformes qu'il savait introduire avec opportunité et mesure, que des hauts faits que nous racontent les historiens.

L'institution des comices centuriates par Servius Tullius, reposant sur la fortune des citoyens, était un progrès immense sur la constitution exclusivement aristocratique des curies patriciennes. Ce n'est plus la naissance seule qui donne le pouvoir à la caste guerrière pour décider de la paix ou de la guerre, nommer aux charges et faire les lois. Il fallut offrir des concessions aux plébéiens, devenus nécessaires à la défense du pays. Au milieu des populations qui l'entouraient, l'État romain ne pouvait se conserver et s'agrandir que par la guerre. Les étrangers et les vaincus, c'est-à-dire les plébéiens qui s'étaient établis dans Rome, privés jusqu'alors des droits de citoyens, furent appelés au secours de la patrie en danger et acquirent ainsi ce droit. L'organisation des centuries, introduite par Servius, étant toute militaire, ne changeait pas brus-

quement l'ancienne constitution, dans laquelle la distinction des races était parfaitement marquée. Le pouvoir resta en fait entre les mains des patriciens; les plébéiens étaient, il est vrai, comptés parmi les citoyens, mais sans avoir une grande part dans le gouvernement. En effet, à cette époque, il n'y avait guère à Rome d'autres richesses que les propriétés territoriales; or, presque tout l'*ager romanus* et la plus grande partie des terres conquises se trouvaient entre les mains des patriciens, c'étaient ceux-ci qui restaient, comme par le passé, les maîtres de l'État. Cependant un progrès immense était accompli. En remplaçant l'aristocratie de naissance, puissance immuable, par l'aristocratie d'argent, puissance mobile et accessible à tous, cette constitution ouvrait la voie par laquelle devait s'infiltrer la démocratie, et enfin déborder dans Rome républicaine. Il arriva ainsi que des plébéiens, grâce à leur fortune, entrèrent dans les premières classes et purent influer sur le vote des centuries, de manière à le rendre moins contraire aux intérêts populaires. Mais les patriciens étaient toujours à même, comme augures, de rompre l'assemblée ou d'annuler ses décisions; et s'ils manquaient de mauvais présages, ils pouvaient refuser, dans le sénat et dans leurs assemblées curiates, d'où les plébéiens étaient encore exclus, la sanction nécessaire à tous les actes des comices centuriates. Et pourtant cette grave innovation suffit, pour l'heure, à l'ambition populaire, parce que les plébéiens voient dans la première classe des gens de leur ordre, et dans la dernière des plébéiens même des plus illustres, comme Cincinnatus, qui n'a pour tout bien que quatre arpents qu'il cultive lui-même. Servius avait élevé au rang de citoyens romains tous les plébéiens privés de ce droit; en les renfermant dans les cent quatre-vingt-treize centuries, il leur avait donné l'aptitude au suffrage et satisfait, pendant quelque temps, les vœux du peuple, qui, tout entier, se voyait enrôlé, pour prendre part aux affaires publiques, dans ces centuries. En effet, il avait distribué les cent quatre-vingt-treize centuries en six classes, et mis tout le bas peuple dans la dernière centurie, qui formait la sixième classe. On voit que cette disposition habile excluait la populace du suffrage, non pas de droit, mais de fait. Par ce raffinement de politique, dont il usa en faveur des riches, il amusa si adroitement le petit peuple, que, sans même qu'il s'aperçût de la

tromperie, il l'éloigna des affaires et lui ôta toute la part qu'il avait au gouvernement. Cependant, comme on ne discontinua pas de demander à chacun sa voix dans les centuries, chacun s'imaginait jouir toujours des mêmes droits dans la république, sans faire réflexion que la classe des pauvres, quelque nombreuse qu'elle pût être, ne faisait jamais plus d'une voix, tandis que celle des riches, quoique moins fournie, en avait autant qu'elle contenait de centuries, c'est-à-dire quatre-vingt-dix-huit. Ajoutez à cela que c'était par la première qu'on commençait à recueillir les suffrages, et que l'affaire sur laquelle on délibérait était ordinairement décidée avant d'en venir à la dernière. Cicéron[1], dans *la République*, fait l'éloge de ce suffrage universel, institué par Servius: « La masse, dit-il, n'en » était pas exclue, ce qui serait despotique, ni investie d'un » trop grand pouvoir, ce qui serait dangereux. »

Mais, dans la suite des temps, ce suffrage universel nominal qui pouvait flatter d'abord des étrangers qui, grâce à lui, acquéraient une patrie, ne devait plus satisfaire les plébéiens devenus puissants, et supportant toutes les charges de l'État pendant la guerre comme pendant la paix. Aussi voyons-nous toutes les classes obtenir une part égale dans les comices centuriates. Après la transformation de ces comices, chaque tribu, ainsi que nous l'avons expliqué précédemment, contenait dix centuries, deux pour chaque classe, de sorte que ces dernières, après la création de trente-cinq tribus, avaient autant de voix l'une que l'autre, c'est-à-dire soixante-dix centuries, et au total, pour les cinq classes, trois cent cinquante. La sixième restait toujours exclue. Dans les idées romaines, il fallait posséder quelque fortune (*res*) dans l'État, pour participer à l'administration de la chose publique (*res publica*). Celui qui n'avait rien, était censé n'avoir aucun intérêt à l'ordre général. Comme on acquérait peu, excepté à la guerre, par le travail et l'industrie, ces grands leviers des temps modernes, mais qui étaient alors un déshonneur et dignes seulement de mains serviles, les citoyens pauvres constituaient une charge permanente de l'État, obligé de les nourrir. On comprend ainsi la mince place qu'ils occupaient dans l'assemblée souveraine.

[1] *De repub.*, II, 22..... Reliquaque multa major, multitudo neque excluderetur suffragiis, ne superbum esset; nec valeret nimis, ne esset periculosum.

Cependant le progrès démocratique avait ôté le pouvoir exclusif à l'aristocratie de naissance et de fortune; il fallait faire des concessions à toutes les classes de citoyens qui contribuaient aux charges de l'État et versaient dans des guerres nombreuses leur sang pour la patrie. L'institution du tribunat et le droit d'accusation capitale contre les personnes illustres parmi les patriciens étaient les armes formidables au moyen desquelles les plébéiens conquirent, après une lutte acharnée, une part plus large dans le gouvernement de la république.

La première classe n'était plus privilégiée comme dans la constitution de Servius, lorsqu'il s'agissait dans les grands comices, c'est-à-dire ceux par centuries, de nommer les magistrats, de déclarer la paix ou la guerre, ou de faire les lois. Les quatre autres avaient obtenu autant de centuries et partant autant de voix que la première. On établissait l'égalité entre les différentes catégories de citoyens, non pas *numériquement* et par *tête*, mais par *classe*. La première composée des plus riches, quoique moins nombreuse que les autres, avait le même chiffre de centuries. L'égalité dans le suffrage consistait en ce que tous les grands intérêts politiques des citoyens, réunis par catégorie dans les différentes classes, étaient *également* représentés. Le sens pratique des Romains n'admettait pas que pour les affaires importantes dans l'État, qui étaient décidées par les comices centuriates, les individus eussent la même valeur et dussent avoir une influence numériquement égale dans les délibérations. On trouvait juste que tous les intérêts de ceux qui étaient utiles à la patrie fussent représentés dans les différentes classes et même avec égalité dans une constitution démocratique; mais on n'allait pas jusqu'à cette égalité, pour ainsi dire matérielle, par laquelle l'homme le plus ignorant, de la condition la plus humble, aurait dans les affaires du gouvernement une part arithmétiquement pareille à celle de l'homme éclairé, appartenant aux plus illustres familles. On partait de ce principe que les personnes les plus riches ont un plus grand intérêt à la prospérité de l'État que celles dans une position plus modeste, et pour cela qu'il fallait leur accorder une certaine influence sur la chose publique, tout en reconnaissant que dans une constitution démocratique les classes inférieures devaient avoir leur part réelle dans le gouvernement.

Cette habile combinaison a été trouvée par les Romains dans

la formation des classes, renfermant chacune une catégorie de citoyens; et depuis que toutes les classes comptaient un même nombre de centuries, c'est-à-dire égalité de voix, les tribuns es plus populaires se contentaient de cette nouvelle organisation. C. Gracchus, le réformateur le plus hardi parmi eux, n'allait pas jusqu'à demander que la sixième classe fût considérée à l'égal des cinq autres; rien dans l'histoire n'indique qu'il s'en soit même occupé. Il ne s'attaquait, sans succès il est vrai, qu'à la prérogative et au vote successif des cinq classes, en commençant par la première. — En effet, l'influence immense de la prérogative sur le résultat des délibérations ôtait une grande importance au vote des autres centuries, et comme la prérogative se choisissait toujours dans la première classe, c'était celle-ci, en définitive, qui avait conservé sa prédominance dans les comices centuriates. De plus, les classes votaient successivement, la première classe d'abord, ensuite la deuxième, etc.; de sorte que les dernières classes n'avaient plus rien à décider, si les deux premières et la moitié de la troisième étaient d'accord. Aussi C. Gracchus voulait qu'on mêlât toutes les centuries des cinq classes ensemble, et que leur rang fût fixé par le tirage au sort et non d'après un ordre légal. Mais selon Salluste, cette proposition du tribun n'a jamais passé comme loi.

On voit ainsi quelles précautions nombreuses on prit dans la république romaine, même devenue démocratique, pour que le suffrage ne s'égarât pas sur des indignes. Le vote de la prérogative et celui des premières classes qui, par le préjugé religieux aussi bien que par la considération qui s'attache à la fortune, ne devaient pas manquer d'exercer un puissant ascendant sur les classes inférieures, leur servait de guide pour les éclairer dans les cas où elles prenaient une part utile aux délibérations.

Pour diminuer le danger de la propagande dans toutes les tribus romaines dont les centuries n'étaient qu'une subdivision, l'institution de la censure donnait le moyen de renfermer les perturbateurs dans certaines tribus, par exemple les quatre tribus urbaines, comme en cas d'incendie on circonscrit le feu pour éviter un embrasement général. Les censeurs inscrivaient ordinairement les citoyens turbulents dans les quatre tribus de la ville pour conserver intactes et pures les trente et une tribus rurales.

Enfin, le jour de l'élection venu, les magistrats qui présidaient les comices n'admettaient que des candidats qui s'étaient fait connaître d'avance et avaient obtenu leur agrément. Le président pouvait s'opposer à toute candidature improvisée s'appliquant à un citoyen dont il n'avait pu vérifier l'honorabilité. Ainsi que nous l'avons vu, le consul Pison refusa de recevoir parmi les candidats un certain Palicanus, ancien tribun du peuple, et l'empêcha de cette façon d'arriver au consulat.

Pour éviter l'inconvénient des candidatures qui n'osaient pas s'avancer en face du peuple, on avait institué certains fonctionnaires, nommés *diribitores*, chargés spécialement de la distribution des bulletins électoraux. Ces différents bulletins remis à chaque électeur contenaient tous les noms des canditats sérieux qui, par cela même qu'ils s'y trouvaient inscrits, présentaient aux citoyens certaines garanties [1]. En effet, un motif légitime d'incapacité ou d'indignité les aurait fait repousser du nombre des candidats par le président des comices ou le sénat. Ce n'était pas le caprice, mais une décision légale qui pouvait

[1] Cette question importante de la distribution des bulletins électoraux a donné récemment matière à un arrêt de la Cour de cassation, en date du 26 mars 1856, et à des débats au Corps législatif. Cet arrêt, rendu sous la présidence de M. Troplong, jurisconsulte aussi éminent que profond historien, a été probablement mal compris. Un de nos magistrats les plus distingués, M. Paul Pont, dans une dissertation remarquable insérée dans cette *Revue* (t. VIII, p. 382 et suiv.), a démontré clairement que cette décision est tout à fait conforme à la saine interprétation de la loi du 27 juillet 1849, article 6, combiné avec l'article 10 de la loi du 16 juillet 1850. M. Paul Pont admet avec l'arrêt qu'*un bulletin électoral est un écrit dans le sens de l'article 6 de la loi du 27 juillet* 1849. Les conditions exceptionnelles, pendant les vingt jours qui précèdent les élections : ce sont le dépôt de l'écrit, du bulletin au parquet du procureur impérial, et la signature de l'écrit par le candidat, pour les distribuer sans l'autorisation de l'autorité municipale (art. 10 de la loi du 16 juillet 1849). Le but de la loi moderne est celui que les précautions prises par les Romains tendaient à atteindre, « non pas de limiter la liberté électorale, mais d'empêcher les meneurs de créer des candidatures subreptices qui se produisent à l'improviste pour jeter le trouble et la division dans les esprits, et enlèveront ainsi aux élections cette spontanéité qui, avant tout, doit être leur caractère essentiel. » Ajoutons, avec M. Paul Pont, que « c'est contre ces abus que la théorie de la Cour de cassation est dirigée; cela ne peut manquer d'être compris, et toute équivoque cessant à cet égard, l'arrêt du 26 mars 1856, vivement attaqué d'abord, sera regardé comme conciliant équitablement la liberté requise pour les élections avec la surveillance qu'il convient d'exercer autour de la lice électorale. » (*Loc. cit.*, t. VIII, p. 390.

éloigner une candidature. On laissait toute liberté dans les élections, mais on en réglait l'usage pour prévenir le danger des abus qui n'auraient été que de la licence.

Ce court résumé nous montre quelles leçons utiles ressortent de l'étude de la constitution romaine pour les hommes d'État qui désirent approfondir les choses et ne se laissent pas entraîner au gré des passions du moment. Ils verront que la république n'a pu atteindre cette grandeur que nous admirons, et traverser les crises terribles qui menacèrent son existence pendant des siècles que par la sagesse incomparable de ses institutions.

En terminant notre petit travail, nous demandons l'indulgence du lecteur pour ce qui lui paraît insuffisant dans les éclaircissements de cette question si difficile de la transformation des comices centuriates. Nous le répétons : nous avons toujours cherché à appuyer nos raisonnements sur l'autorité des anciens, et à éviter, autant que possible, de tirer la lumière des éclairs trompeurs de l'imagination. C'est au lecteur à juger si nous avons réussi.

SELIGMAN.

COMPÉTENCE. — QUESTIONS PRÉJUDICIELLES.

Par M. L. Dorlencourt, juge au Tribunal civil de Douai.

Mon travail sur les questions préjudicielles inséré au présent recueil (t. VIII, p. 359 et suiv.) a été l'objet, dans le numéro suivant (*ibid.*, p. 554), d'observations auxquelles je dois une courte réplique.

On s'exprime ainsi :

« Le juge de l'action ne peut-il jamais, par voie d'accession » et par une attraction nécessaire, statuer sur des questions in- » cidentes qui appelleraient un autre juge si elles étaient élevées » par voie d'action principale ?

» S'il en était ainsi, il faudrait aller jusqu'à dire que le juge » de l'action ne pourrait connaître incidemment des questions » soulevées comme moyens de défense, en tant qu'il n'aurait » pas compétence à raison du domicile du défendeur ou à raison » de l'assiette de l'objet litigieux. Cependant jusqu'ici tous les » jurisconsultes se sont accordés à reconnaître que la règle d'a- » près laquelle le juge de l'action est juge de l'exception, s'ap- » plique aux exceptions qui sont, *quant à la matière*, de la » compétence du tribunal saisi de l'affaire, et qui seulement ne » seraient pas de sa compétence, à raison de la personne ou » du lieu. »

Treize lignes plus loin on insiste :

« Je crois qu'aucun jurisconsulte n'a jamais écrit que le juge » compétent pour statuer sur le procès dont il est saisi, l'est » nécessairement pour statuer sur les questions qui s'élèvent in- » cidemment dans ce procès, bien que ces questions fussent » hors de sa compétence *ratione materiæ*, si elles lui étaient » proposées principalement. »

Je réponds : 1° Tout au contraire, la fameuse maxime : « le juge de l'action est juge de l'exception, » se dresse fièrement contre la règle de compétence *ratione materiæ*. Si cela a besoin de preuve, voir Mangin, *Action publique*[1], et les autres auteurs professant ladite maxime, et la jurisprudence. J'aurais donc inventé une controverse en compagnie de Carnot, Toullier, M. de

[1] T. I, p. 578.

Molènes, et tant d'autres, ainsi que de la Cour de cassation.

2° Sur l'unanimité alléguée à affirmer la compétence *à raison de la personne ou du lieu*,

Point de contestation, car ignorance complète de ma part;

3° Sur le mérite même de cette affirmation,

Je ne le puis apprécier, faute d'avoir en face ou de me figurer quelque espèce, quelque cas réalisé; l'abstraction ne devient perceptible qu'en prenant corps par la présence à notre pensée de tel exemple, de tel objet plus ou moins rapidement entrevu, mais saisissable; je m'abstiendrais d'ailleurs par une autre cause: En réfutant la critique d'une dissertation relative à la compétence *ratione materiæ* seule, j'ai le droit de réserver tout aspect différent; c'est de bonne guerre et de bonne logique;

4° Sur l'argument tiré,

De l'interdiction au juge de résoudre incidemment des questions qui, au principal, seraient hors de sa compétence à *raison de la matière*, comment veut-on faire résulter une interdiction semblable à *raison de la personne ou du lieu*, contre moi dont l'article ne dit pas un mot de cette dernière[1]? Si elle vaut l'examen, j'aurais dû la traiter d'autre façon; mais l'occasion m'a manqué et me manquerait encore aujourd'hui, je l'avoue.

En effet, le défendeur ne se trouve-t-il pas devant son juge naturel ou devant le juge de la situation? Son exception à l'un ou l'autre égard sera *préalable*, non préjudicielle.

S'agirait-il enfin d'un tiers enlevé à son juge par exploit du défendeur? Son exception offre un caractère tout identique; il réclame sa sortie d'instance, ni plus ni moins, ni acquittement ni délai.

Aucune espèce imaginable, je dis pour moi, encore un coup.

On articule un autre grief : « *L'extension* de la compétence » incidente et par voie d'exception fait échec à la jurisprudence » qui accorde aux tribunaux civils la plénitude de juridiction. »

Il y a ici *lapsus calami* de la part de mon contradicteur ou erreur typographique; lisons : *l'exclusion* de la compétence....

Tant mieux si elle fait échec à une jurisprudence au moins sans fondement dans notre ancien droit, et repoussée formellement par la loi moderne, comme j'ose espérer l'avoir montré

[1] Voici mon début : « La question préjudicielle naît directement *de l'incompétence ratione materiæ.* »

(*Revue critique de législ. et de jurispr.*, t. VI, p. 547). C'est sur cette loi et non *sur les scrupules historiques* qu'on voudrait *faire prévaloir* de prétendues *nécessités pratiques!*

Voyons maintenant quel serait le vrai système des jurisconsultes.

« Ils professent, au contraire, ce qui est bien différent, » qu'accessoirement à l'action publique et *pour la purger*, les » juridictions répressives peuvent juger ce que jugent les tribu- » naux civils, les tribunaux de commerce, les juges de paix, » *abstraction faite de l'action publique.*

» Ils soutiennent que l'article 3 du Code d'instruction crimi- » nelle établit non-seulement que les juridictions pénales ne sont » pas incompétentes *ratione materiæ* sur les questions de droit » civil, mais encore qu'elles priment les juridictions civiles pour » ces sortes de questions, quand elles sont liées à l'action pu- » blique. »

Je ne sais de quels jurisconsultes on entend parler. Mais d'autres ont été plus loin, M. Mangin en particulier. Ce sont eux que je combats. Ils posent cet axiome, que je transcris encore ici :

« ..... Il est de principe que *tout* juge compétent pour statuer » sur les questions dont il est saisi l'est par là même pour sta- » tuer sur les questions qui s'élèvent incidemment dans ce pro- » cès, quoique d'ailleurs ces questions fussent hors de sa » compétence, *si elles lui étaient proposées principalement.* » (Mangin.)

On le voit, point de restriction aux juridictions *répressives* ou *pénales.*

Par quel moyen, du reste, les jurisconsultes qu'on invoque établissent-ils la compétence incidente de ces juridictions, s'ils n'admettent pas le même axiome?....

En ce qui concerne le sens de l'article 3 du Code d'instruction criminelle et les autres points touchés ultérieurement par la critique à laquelle j'ai cru nécessaire jusqu'ici de répondre, je renverrai à ma dissertation le lecteur soucieux de ce débat. Si elle ne pare pas à toutes les assertions produites, je m'abuse (illusion assez ordinaire chez qui écrit); qu'il fasse, après mûr examen, ses réserves. Mais je ne saurais reprendre ma thèse *ab ovo*, ainsi que cette critique m'y obligerait en laissant de côté

sommairement mes recherches, citations, raisonnements, autorités. Je me sens, d'ailleurs, plus fort cette fois; je marche en formel accord avec la Cour régulatrice dont je n'ai fait, au fond, qu'exposer le système.

Par ces divers motifs, il suffisait ici de ruiner la base d'argumentations adverses. Ai-je réussi? le lecteur décidera encore.

L. DORLENCOURT.

BIBLIOGRAPHIE.

CODE COMPLET DE L'EXPROPRIATION POUR CAUSE D'UTILITÉ PUBLIQUE,

Précédé d'une INSTRUCTION, et suivi de MODÈLES OU FORMULES des actes que nécessite l'expropriation; par M. F. MALAPERT, avocat, docteur en droit, et L. PROTAT, avoué au tribunal de la Seine. — Paris, librairie de Cotillon, éditeur.

Compte rendu par M. COIN-DELISLE.

Voici un livre d'une utilité incontestable : un livre de droit écrit pour tout le monde, pour les particuliers comme pour les hommes livrés à l'étude des lois; pour *les expropriants* (car l'auteur s'est servi de ces mots pour comprendre dans leur signification les concessionnaires de l'administration publique) comme pour les expropriés; et cependant le livre n'est pas long. C'est un in-12 de 500 pages, mais imprimé à grande justification, et contenant plus de matière que beaucoup d'in-octavo.

Et pourtant ce volume renferme trois ouvrages. Le premier, qui ne commence qu'à la page 262, a donné son titre au tout : *Code complet de l'expropriation*, c'est-à-dire recueil complet des lois spéciales par lesquelles est établi et réglementé le droit de l'État de s'emparer, moyennant indemnité, des propriétés particulières pour un intérêt public. M. Malapert y a réuni aux lois générales de l'expropriation les lois particulières qui amènent à ce résultat pour le desséchement des marais, pour les mines, pour le service militaire et des places fortes, les irrigations, l'élargissement des routes et des rues, etc., etc., puis les ordonnances, les décrets, les instructions et circulaires mi-

nistérielles et administratives qui aident à l'exécution des lois ; de sorte qu'une pareille collection par ordre chronologique forme effectivement *un Code spécial* de la matière.

A la suite de ce recueil essentiel vient le second ouvrage : c'est une collection de formules pour les actes qu'entraîne l'expropriation. Dans cette partie et dans un chapitre de la taxe des frais, M. Malapert a eu la collaboration de M. Protat, avoué, et il faut l'en féliciter. Les formules sont des cadres sur lesquels il est bon d'avoir deux avis ; d'ailleurs ce n'est pas chose indifférente qu'un formulaire d'actes bien entendu. Quoique personne ne soit tenté de s'astreindre aux formules préparées, elles ont cet avantage, dans une procédure qui se renouvelle fréquemment, et sur plusieurs points du territoire, d'inspirer l'amour de l'uniformité, qui facilite la pratique et évite les nullités. Il y a encore un autre avantage dans ce recueil de modèles, même quand on ne les suivrait pas : c'est de voir, en les parcourant, la loi en action depuis les préparatifs de l'expropriation jusqu'à l'exécution définitive. — La place de ces modèles d'actes est nécessairement à la fin.

Le troisième ouvrage commence le volume, et n'occupe que 260 pages sous le titre modeste d'*Instruction*. Il est divisé en trente-trois chapitres, dont les dix premiers conduisent les parties jusqu'aux offres que l'expropriant doit faire aux prétendants droit à l'indemnité. Les chapitres 11 jusqu'au chapitre 16 vont jusqu'à l'exécution de la décision du jury et aux difficultés qui en naissent. Jusque-là, M. Malapert s'est principalement occupé de la forme et de l'expropriation. A partir du chapitre 17 jusqu'au chapitre 26, il entre plus dans le fond des indemnités et du droit des indemnitaires. Les jurés seront heureux de trouver dans les chapitres 17 et 18 des règles assez sages pour guider leur conscience dans ces délicates opérations, et les expropriés, dans les chapitres 20 et suivants, les cas de recours contre les opérations du jury, leur droit de faire fixer l'indemnité quand l'expropriant le néglige, les moyens d'empêcher une dépossession illégale, la possibilité de contrats amiables, etc., etc. Les chapitres 30 à 32 traitent des travaux qui nécessitent une prise de possession d'urgence ; des travaux militaires ou de la marine, et de certaines opérations qui sortent du cadre de la loi générale, pour les mines, les alignements, les travaux communaux, chemins vicinaux, halles, logements insalubres, rues de

Paris, irrigations, drainages, eaux minérales, servitudes militaires. L'*Instruction* est terminée par la taxe des frais et dépens.

C'est cette *Instruction* qui constitue à proprement parler l'œuvre de M. Malapert, et que je nommerais, s'il voulait le permettre, *Traité succinct de l'expropriation pour utilité publique.*

Elle a plus d'une sorte de mérite.

Le premier, la connaissance spéciale et approfondie de la matière et sa combinaison continuelle avec les principes du droit commun.

Le second, la franchise et l'honnêteté des préceptes. L'auteur respecte autant les droits de l'administration que les droits des expropriés. Il tient entre eux la balance impartiale du jurisconsulte. Tout son livre tend au bien public et à la conciliation d'intérêts opposés.

Le troisième, c'est la netteté et la rapidité d'exposition et de déduction telle, que ces 260 pages suffisent pour exposer méthodiquement la loi, son application, les difficultés qu'elle a fait naître, celles qu'on peut apercevoir, leur solution et la jurisprudence civile ou administrative qu'elles ont fait naître.

Le quatrième mérite, c'est le style; et quand j'ai dit que l'ouvrage est net et rapide, le lecteur a déjà deviné que la justesse et la propriété des termes sont au nombre des qualités de l'auteur. Là point de mots ambitieux; toujours l'expression naturelle, ferme et expressive; toujours aussi l'expression complète. Si M. Malapert rencontre une difficulté que la jurisprudence a résolue contre son opinion, il pose d'abord la solution donnée par les tribunaux, et se borne à dire en deux mots qu'il préférerait l'opinion contraire, et pourquoi. M. Malapert n'a en rien dévié de son plan, qui était d'exposer, d'enseigner, et non de combattre.

Ce qui fait la double difficulté de ces sortes d'ouvrages appelés *Instruction, Guides, Manuels, Introductions*, c'est d'un côté l'orgueil humain, qui arrête la marche d'un auteur à la première opinion reçue qui le choque et lui ouvre le champ de la dissertation; d'un autre côté, c'est le désir d'appuyer ses propres opinions par des textes qui allanguissent le discours et rompent

l'unité de plan. M. Malapert a évité ces deux écueils..... Point de dissertations : il les a fuies volontairement ; point de citation par leur texte des lois, avis du conseil d'État, arrêts et jugements ; il s'est contenté, dans l'*Instruction*, d'y renvoyer avec exactitude. Ainsi l'enseignement ne languit pas. L'homme du monde n'a pas besoin de ces textes qui l'embarrassent ; l'homme du Palais sait bien les trouver dans les recueils. Ainsi M. Malapert, en conservant l'unité de plan et de style, a résolu le difficile problème de resserrer et d'exposer d'une manière toujours attachante la matière des expropriations pour utilité publique en 260 pages in-12, et mérite l'application du proverbe : *Pauca, sed multùm.*

COIN-DELISLE.

EXAMEN DOCTRINAL

D'arrêts sur les Substitutions.

Par M. Coin-Delisle, avocat à la Cour impériale de Paris.

SOMMAIRE.

1. Espèce de l'arrêt *Lexé* de la Chambre des requêtes, du 30 avril 1855.
2. La prohibition des substitutions est de droit public : elles doivent être annulées, malgré la sagesse des dispositions. Exemple tiré de l'impossibilité pour l'aïeul de grever son petit-fils au profit de ses arrière-petits-enfants. Arrêts.

2 *bis*. La doctrine de l'arrêt *Lexé* donnerait à une aïeule les moyens de changer, à la mort de ses petits-enfants légataires, l'ordre successif dans les biens qu'elle donnerait sous double condition de prédécès des institués et de survie des appelés.

3. L'extension qu'on donnerait à l'arrêt *Lexé* fournirait une formule pour éviter les substitutions et n'en ferait plus qu'une affaire de rédaction. La double condition, résolutoire par le décès du premier légataire après qu'il a recueilli, et suspensive par la survie du second légataire au premier, est de l'essence des substitutions prohibées.
4. Les substitutions étant de la même nature que les legs conditionnels, ceux-ci sont nuls et irritants quand ils dégénèrent en substitutions.
5. Preuve de cette proposition par la comparaison des substitutions prohibées aux substitutions permises.
6. Pour qu'il y ait condition suspensive *permise* après que l'héritier légitime ou testamentaire aura recueilli les biens, il faut qu'elle ne dépende pas du décès de celui qui aura recueilli en premier ordre. Espèce de l'arrêt *Piédelièvre*.
7. Réponse à l'objection que, dans le doute, il faut se prononcer contre la substitution. Dans les espèces examinées, il n'y a pas ambiguïté.
8. Réponse à l'objection qu'on ne trouve dans les legs et fidéicommis conditionnels ni la charge de conserver et de rendre, ni la seconde transmission *obliquo modo*.
9. Suite. Les fidéicommis conditionnels sont le genre; les substitutions prohibées sont l'espèce. Les lois de 1792 ni le Code n'ont proscrit les fidéicommis conditionnels, qu'en tant qu'ils produiraient substitution.
10. Suite. Les caractères du genre et de l'espèce sont nécessairement les mêmes, sauf le caractère distinctif de l'espèce prohibée, qui ne peut se retrouver dans les autres espèces permises.
11. Suite La confusion des idées naît de ce que l'on veut transporter l'article 1179 du Code écrit pour les contrats à la matière des testaments.
12. Suite. On n'avait pas besoin, sous l'ancien droit, d'avoir recours à la rétroactivité de la condition suspensive pour effacer les charges créées par le légataire grevé des fidéicommis : on n'en a pas besoin non plus dans notre droit.

13. Suite. Les plus grands jurisconsultes refusaient la rétroactivité aux conditions testamentaires.
14. Suite. Les articles 1040 et 1041 du Code Napoléon ne contrarient en rien leur doctrine. L'un est écrit pour les vraies conditions suspensives; l'autre pour les conditions apparentes et qui dégénèrent en mode ou en terme.
15. Suite. Opinion de M. Toullier, qui revient à la nôtre, mais qui scinde la rétroactivité et la non-rétroactivité sans nécessité.
16. Conclusion. On trouve dans les fidéicommis conditionnels permis, comme dans les substitutions permises ou prohibées, 1° la coexistence de deux libéralités, 2° la double transmission, 3° la transmission *per obliquum modum*, 4° le trait de temps, 5° et la charge de conserver et de rendre.
17. Donc, de quelque manière qu'on introduise l'*ordre successif* dans la double disposition conditionnelle, il y a substitution nulle et irritante.
18. Si le texte de l'article 899 peut l'emporter sur celui de l'article 896. Raison générale pour décider négativement.
19. Enchaînement des articles 896, 897, 898 et 899. — Ajouter à ce genre de dispositions une condition pour révoquer le don de propriété et le convertir en usufruit *post mortem*, ce serait une fraude contre l'art. 896.
20. Puisque l'article 899 est soumis à l'article 900 pour purifier soit le don en propriété, soit le don en usufruit, des conditions contraires aux lois, aux mœurs et à l'ordre public, il est donc également soumis à l'article 896, quand des termes conditionnels masquent une substitution prohibée.
21. Arrêt *Decherf*, du 4 décembre 1843, dans lequel la Chambre des requêtes de la Cour de cassation a repoussé le système de la double institution conditionnelle, quoiqu'il y eût une réduction à l'usufruit.
22. Il y a toujours substitution prohibée dans l'institution qui, au décès de l'institué après avoir recueilli, doit passer aux mains d'un survivant. Arrêts sur ce point.
23. Transition aux substitutions par forme d'accroissement. — Exemple tiré de l'arrêt *Decherf*.
24. Autres arrêts analogues.
25. Principes qu'on peut tirer de ces arrêts.
26. Il faut ne pas les étendre au cas où le testament impose la réciproque expressément pour le temps où les légataires auront recueilli.
27. Opinion contraire de M. Rolland de Villargues.
28. Ce serait violer l'article 896 que de regarder l'accroissement après avoir recueilli comme condition réputée non écrite.
29. Pas de raison pour montrer plus d'indulgence dans les substitutions doubles que dans les substitutions simples.
30. On ne peut pas raisonner de l'article 951 à l'article 896. — Examen de la différence entre le droit de retour et les substitutions.
31. Comment il faut entendre l'arrêt du 10 janvier 1821.
32. Conclusion.

(Rejet, 30 avril 1855; — *Dalloz*, 1855, 1 207; *Dev. et Car.*, 1856, 1 607.) — 1. Cet unique arrêt fera le fond de cet examen.

Autour de cette grave décision judiciaire se grouperont d'autres arrêts pour éclairer notre solution, et, disons-le de prime abord, cette solution sera contraire à la doctrine de l'arrêt; car nous croyons fermement qu'il ne doit pas faire jurisprudence.

Posons-en d'abord exactement l'espèce.

La veuve Lezé avait pour unique héritier son petit-fils Emmanuel Lezé. Le testament qu'elle rédigea ne contient pas même d'institution : « *Dans le cas*, porte-t-il, où mon petit-fils Emma-
» nuel Lezé mourrait *sans postérité*, je veux *qu'il soit réputé*
» n'avoir recueilli *qu'en usufruit* sur sa tête *la moitié* de ma
» succession. Dans le même cas, je lègue la propriété de cette
» moitié *sous condition suspensive* à mes neveux et nièces, qui
» la recueilleront par souches. Il en résulte que mon petit-fils
» ne possédera la moitié de ma succession que *sous condition*
» *résolutoire*, savoir : *qu'il mourra laissant de la postérité.* »

A quoi se bornait ce testament si savamment fait et d'un style si abstrait et si scolastique? A cette proposition : « Je lègue
» à mon petit-fils la portion disponible de mes biens pour le
» cas seulement où, après avoir recueilli ma succession, il lais-
» serait des enfants à son décès; au cas contraire, je lui sub-
» stitue mes neveux et nièces. »

Du moins, Emmanuel Lezé le pensa ainsi. Il en fut de même du tribunal d'Angers. Mais sur l'appel, arrêt de la Cour d'Angers du 12 juillet 1854, décidant « que le testament renfermait
» deux legs distincts, l'un d'usufruit au profit du petit-fils de la
» testatrice, l'autre de nue propriété au profit de ses neveux
» et nièces; et que si ces legs sont conditionnels, le sieur Lezé
» ne devant être réduit à un simple usufruit que pour le cas où
» il décéderait sans postérité, et dès lors, le legs fait aux autres
» membres de la famille étant subordonné à l'événement de la
» même condition, chacun des légataires ne s'en était pas
» moins trouvé saisi de la chose léguée dès le jour même de
» l'ouverture de la succession; d'où la conséquence qu'il n'y
» avait pas dans le testament cette double transmission succes-
» sive qui forme le caractère distinctif et essentiel de la substi-
» tution. »

Sur le pourvoi, le sieur Lezé succomba encore : l'arrêt de la Chambre des requêtes qui a rejeté le pourvoi le 30 mars 1855 est formel sur la doctrine :

« 1° Il appartient à la Cour de cassation, dit-il, en toute ques-

» tion de donation attaquée comme contenant une substitution » prohibée, de rechercher si, d'après les termes de l'institution » et la volonté exprimée par le testateur, l'acte attaqué contient » ou non une libéralité prohibée par la loi. » — *Proposition incontestable.*

« 2° La clause testamentaire dont il s'agit peut être inter- » prétée comme contenant deux donations conditionnelles dis- » tinctes : l'une d'usufruit, l'autre de nue propriété. » — *Proposition exacte, la condition de survie se réalisant, — sauf examen de l'effet des conditions de survie.*

« 3° La condition, si elle se réalise du vivant de la testatrice, » aura cet effet que le premier donataire n'aura jamais rien » reçu, et la disposition testamentaire ne contiendra qu'une » substitution vulgaire. » — *Proposition inutile, puisqu'en fait, Emmanuel Lezé avait recueilli.*

« 4° En admettant que la condition ne vienne à se réaliser » qu'après le décès de la testatrice, on doit encore reconnaître » que les neveux et nièces de la testatrice ne recevront pas le » bien seulement au décès du petit-fils, mais *directement* du » vivant de la testatrice, qui leur en transmet elle-même la nue » propriété *par l'effet de sa volonté.* » — *Proposition que nous croyons erronée, à cause de la nature des conditions dans les testaments.*

» 5° Ainsi, en décidant que la disposition testamentaire dont » s'agit ne contenait *qu'une libéralité conditionnelle* qui pou- » vait se résoudre, à l'égard du petit-fils, en une *simple dona- » tion d'usufruit*, et en décidant qu'elle ne contenait ni obliga- » tion de conserver et de rendre, ni substitution, l'arrêt n'a » pas violé la disposition de l'article 896 et n'a fait qu'une saine » application de la loi. »

Ainsi, telle est la doctrine de l'arrêt : « Toutes les fois que, *d'après la rédaction du testament*, on pourra décomposer une disposition complexe, de manière à ce que le donataire éventuel devienne nu-propriétaire conditionnel *ab initio*, le donataire de la nue propriété disparaît, *bien que la condition résolutoire soit de nature à ne se vérifier qu'à son décès*, même *postérieur à celui du testateur*. Il n'a lui-même été donataire que d'un usufruit ; sa donation a changé de nature ; elle s'est effacée par la résolution : il n'en reste plus rien. Donc il n'y a que deux donations : l'une sous condition résolutoire, mais éva-

nonie; l'autre sous condition suspensive, mais subsistante, dès l'instant de l'ouverture du legs, par la fiction de rétroactivité! »

C'est cette doctrine que nous devons combattre.

2. D'abord, posons en principe que la prohibition des substitutions est de pur droit civil; qu'elle est de droit public. Donc, partout où il se trouve une substitution, la substitution est nulle et la disposition principale doit être annulée, quels que soient les motifs qui les auraient dictées.

L'auteur de la substitution peut avoir eu les meilleures intentions du monde. La veuve Lezé, dans l'espèce, voulait sans doute protéger ses petits-enfants à naître contre la faiblesse et les passions de son unique petit-fils; elle voulait au moins que ses biens parvinssent à ses neveux, à sa propre famille, si son petit-fils ne devait être qu'un dissipateur. Toutes ces vues sont bonnes, sont morales, mais elles sont contraires à notre droit public. Elles disparaissent devant la loi, qui défend d'accorder protection à la famille au delà de sa volonté.

La preuve en est dans l'article 1048 du Code Napoléon. La loi du 17 mai 1826 est abrogée: depuis lors, on est revenu à ce point que les père et mère ne peuvent plus grever de substitution que leurs fils ou leurs filles au profit des enfants nés ou à naître au premier degré seulement desdits donataires. L'aïeul n'a pas le pouvoir de grever son petit-fils de substitution au profit de ses arrière-petits-enfants. La raison de décider ainsi, c'est que les articles 1048 et 1049 sont une exception au principe prohibitif des substitutions écrit dans l'article 896, et que les exceptions aux principes du droit public se restreignent aux cas précis pour lesquels elles ont été écrites. A cette raison déterminante, ajoutons les raisons de texte, toujours considérables quand il s'agit du pur droit civil: 1° si le mot *enfants* comprend souvent dans sa signification les *enfants* de tous les degrés comme le mot latin *liberi*, et si l'article 914 fonde spécialement cette vérité et se trouve appuyé d'une foule de textes au même Code (*V.* C. Nap., art. 33, 205, 960, 1080, 1081, 1098); il n'en est pas moins vrai que jamais le Code n'a pris ce mot *enfants* dans son sens étendu quand il n'est opposé qu'aux seuls mots *père* et *mère*: c'est ce qu'on peut voir surtout dans les articles 141, 375 et suiv., 384 et suiv., 1384 et suiv. du Code Napoléon. 2° Le sens de l'article 1048 est tellement clair, que le Tribunat, (*V. ses observations sur l'art.* 159 *du Projet*) a proposé de dire:

« Les biens dont *les père et mère et autres ascendants*, » et d'ajouter : « *à un* ou *plusieurs* de leurs enfants *successibles*, » en déclarant que ces additions opéraient un changement considérable dans les dispositions de l'article ; mais qu'à ses yeux lorsque les enfants ont perdu leur père et leur mère, les ascendants devraient avoir, à l'égard de leurs petits-enfants, les mêmes droits que les père et mère à l'égard de leurs enfants. Or, le conseil d'État a été positivement d'avis de conserver sa rédaction ; et il a repoussé la proposition du Tribunat, par cela même qu'il n'a rien changé à la rédaction du projet. Aussi M. Jaubert l'a-t-il profondément senti. « *La disposition ne sera jamais permise à l'aïeul*, » a-t-il dit dans son Rapport. 3° Malgré quelques auteurs qui se sont laissé emporter à des considérations d'équité, comme MM. Delvincourt, Duranton, Dalloz et Vazeille, la jurisprudence et la doctrine ont repoussé les substitutions de l'aïeul faites au profit de ses arrière-petits-enfants. *V.* Toullier, *n°* 723 ; M. Rolland, de Villargues, *au répertoire de M. Favard, mot substitution, chap.* 2, *sect.* 2, § 1er, *n°* 6 ; M. Ancelot, *sur M. Grenier;* arrêt de Paris, 23 *août* 1850 ; arrêt de cassation *du* 29 *juin* 1853 ; arrêt de Besançon *du* 2 *décembre* 1853, Dev. et Car., 50, 2, 611 ; 53, 1, 520 ; 54, 2, 240.

Si les substitutions sont de droit étroit et ne peuvent être étendues d'un cas, permis textuellement, à un autre cas même analogue ; si, par une conséquence nécessaire, l'aïeul ne peut grever son petit-fils de substitution au profit de ses arrière-petits-enfants nés et à naître, comment supposer qu'une rédaction puisse être assez puissante pour arriver au résultat défendu ? Car, il est évident que, dans l'espèce, si Emmanuel Lezé laisse des enfants à son décès, ces enfants trouveront, nécessairement et contrairement à l'article 1048 du Code, la moitié des biens de leur aïeule dans les biens de leur père, et que cette moitié leur aura été ainsi conservée sur la demande des collatéraux.

2 *bis*. Si l'arrêt de rejet du 30 avril 1855 faisait une fois admettre en jurisprudence que l'aïeule a la puissance, d'un côté, de donner au petit-fils la nue propriété sous la condition résolutoire de son décès sans enfants après qu'il aurait recueilli ; et, d'un autre côté, de donner parallèlement les mêmes biens à sa famille collatérale sous la condition suspensive du décès de ce petit-fils décédant ensuite sans enfants, il en faudrait conclure nécessairement qu'une aïeule, ayant encore sa fille, pourrait

donner une portion de ses biens à titre de nue propriété à son petit-fils existant au jour de son décès, sous la condition qu'il survivrait à sa mère après qu'il aurait recueilli ; et, au cas contraire, donner parallèlement à la mère, pour le cas où le petit-fils ayant recueilli viendrait à mourir après, les mêmes biens dont le petit-fils aurait eu temporairement la propriété sous la condition résolutoire de son prédécès à sa mère ; ce qui établit un *ordre successif* arbitraire, et trouble l'ordre des successions légitimes, puisque les biens que le fils posséderait à son décès ne se partageraient pas entre les deux branches paternelle et maternelle, ainsi que le veut la loi des successions.

3. Ici, la doctrine se généralise, et il faudrait reconnaître que le système établi par l'arrêt *Lezé* efface entièrement l'article 896. Pourquoi ? Parce qu'il donne aux praticiens *une formule générale* pour éviter dans tous les cas l'application de l'article 896. En effet, si toutes les fois qu'on a la volonté de faire une substitution, il nous est loisible de donner à l'un l'usufruit dès à présent et la nue propriété *sous la condition résolutoire* du décès du premier donataire en cas de survie du donataire en second ordre, et de donner en même temps à celui-ci la nue propriété des mêmes biens *sous la condition suspensive* du prédécès du premier donataire ; alors on aura complétement rétabli les substitutions sous *une formule* qui fera subsister la chose *sous un autre nom*. Au lieu d'être une disposition du fond, les substitutions ne seront plus qu'une affaire de rédaction ; l'habileté du rédacteur l'emportera toujours sur la loi : car, dans toutes les substitutions, sans en excepter une seule, on pourrait prendre la précaution de faire une double disposition conditionnelle, en évitant le mot de substitution.

Prenons un exemple frappant : « Je lègue tous mes biens à » Pierre, à la charge de les conserver et de les rendre à sa » mort à Jacques, mon parent... » C'est la plus formelle des substitutions. Que décidera-t-on si j'ai écrit : « Je lègue à Pierre » tous mes biens, tant en usufruit qu'en propriété ; mais s'il » vient à recueillir ma succession, ce legs de propriété est fait » *sous la condition résolutoire* de son prédécès à Jacques ; et » au cas où Jacques vivrait quand Pierre ayant joui de mes biens » viendrait à décéder, je donne à Jacques les mêmes biens en » nue propriété à partir du jour de mon décès, *sous la condi-* » *tion suspensive* de sa survie à Pierre, de sorte que si Pierre

» meurt après avoir recueilli ma succession, mais avant Jacques, » Pierre n'aura jamais été qu'usufruitier ? »

D'après la doctrine de l'arrêt *Lezé*, on devrait dire que c'est là une double disposition conditionnelle dont aucune séparément ne forme substitution. Mais ce n'est pas ce qu'il faut décider. Sous cette forme, comme sous l'autre, il y a substitution prohibée.

Qu'est-ce en effet qu'une substitution dans le sens de l'article 896? C'est un fidéicommis des biens donnés imposé au grevé de manière à ce que les biens adviennent à l'appelé au décès du grevé si celui-ci meurt avant l'appelé, de sorte que le grevé, qui en aura joui en qualité de propriétaire, n'ait cependant profité que de la jouissance pendant sa vie. Personne ne peut contester cette vérité.

La substitution consiste dans la disposition secondaire qui fait que le premier gratifié conserve pendant sa vie et rend à sa mort au second gratifié le domaine qui lui avait été donné, en gardant pour lui la jouissance et l'usufruit que l'événement détermine lui avoir seuls appartenu incommutablement.

La substitution est donc une disposition essentiellement conditionnelle, de même que l'institution du grevé est en soi affectée d'une condition résolutoire. Jamais on ne trouvera une substitution qui n'affecte pas l'institution d'une condition résolutoire; jamais on ne trouvera une substitution qui ne soit faite sous la condition suspensive de la survie de l'appelé au grevé.

« Si je vous ai fait un legs pour le temps de la mort de mon » héritier, dit la loi 4 au Digeste, *Quando dies leg. vel fideic.*, » ce sera là un legs conditionnel (*si quum hæres morietur, le-* » *getur, conditionale est legatum*). » Et de là Thevenot d'Essaule (nos 311 et suivants) prend occasion de caractériser la nature conditionnelle des substitutions. « Les substitutions *consistent* » *toujours*, dit-il, *dans une condition*. Pourquoi cela? Parce » qu'il faut, pour que la substitution s'effectue, que l'appelé » survive au grevé : car le substituant n'a voulu gratifier par » son fidéicommis que la personne même de l'appelé, et non » pas les héritiers et les représentants de ce substitué. L'effet » de la substitution sera donc en suspens jusqu'à la mort du » grevé; il y aura incertitude sur la réalisation de ce fidéicommis » jusqu'à ce qu'on sache si l'appelé survivra ou non au grevé... » La mort du grevé n'arrivera peut-être qu'après la mort du

» substitué lui-même, et alors le fidéicommis n'aura jamais eu » d'effet. »

Il faut donc annuler comme viciée par une substitution, toute disposition qui donne à l'un avec l'usufruit pendant sa vie, la nue propriété sous la condition résolutoire de prédécès à un second donataire auquel les mêmes biens sont donnés en nue propriété sous la condition suspensive de survie au premier donataire.

4. On vient de prouver que les substitutions sont des legs conditionnels suspendus pendant la vie du grevé; et les institutions, grevées de substitutions, des legs conditionnels résolubles sous la double condition de la mort du grevé et de la survie de l'appelé.

Donc, les substitutions sont de la même nature que les legs conditionnels : les legs conditionnels sont le *genre*; les substitutions sont l'*espèce*. Elles constituent dans notre droit une espèce déterminée de legs conditionnels; mais cette espèce de legs conditionnels est prohibée; mais elle est non-seulement prohibée ; elle est encore irritante de la disposition principale. *Utile per non utile vitiatur* (art. 896).

Donc, si les legs conditionnels sont licites en général, ils seront illicites quand la loi en aura prohibé une espèce; ils seront irritants de la disposition principale quand la loi l'aura dit, comme elle le dit dans l'article 896.

Donc, toute institution ou legs sous la condition résolutoire de la mort du premier gratifié avant le second, qui doit acquérir les mêmes biens par l'événement du décès du premier, est nulle aux termes du même article; donc, tous legs faits sous la condition suspensive de la survie du légataire à l'institué dans les mêmes biens, est nulle et annule la disposition principale aux termes du même article; donc, pour qu'un legs ou institution sous condition résolutoire soit valable, il faut que l'événement qui doit amener cette résolution ne soit pas le décès de l'institué combiné avec la survie de l'appelé; et pour que le legs à un tiers sous condition suspensive des biens déjà donnés à l'institué soit valable, il faut que l'événement qui doit purifier la condition ne soit pas la survie du légataire à l'institué.

Tenons donc pour certain que le legs fait à l'un de la propriété sous la condition résolutoire de son prédécès à l'autre, et le legs fait à l'autre de la nue propriété pour le cas où le pre-

mier gratifié mourrait le premier, s'annulent l'un l'autre et sont contraires dans leur ensemble à l'article 896. *La réunion de deux dispositions nulles ne peut jamais faire une disposition valable.*

5. Ce qui prouve la vérité de notre interprétation tant dans l'espèce de l'arrêt *Lezé* que dans celles que nous avons signalées nos 2 et 3, c'est que pour bien connaître les substitutions prohibées, il faut les comparer aux substitutions permises. C'est là une vérité indubitable : elles sont de la même nature ; donc, si un père donne « la portion disponible de ses biens à son fils » unique, en usufruit quoi qu'il arrive, et en nue propriété, mais » sous la condition résolutoire de son prédécès à ses enfants nés » et à naître, auquel cas sesdits petits-enfants nés et à naître » auront eu seuls la propriété des biens sous la condition suspen- » sive de leur survie à leur père, lequel n'aura eu ainsi que l'usu- » fruit sa vie durant, » le jurisconsulte ne dira pas que le père de famille a fait une double disposition conditionnelle : il ne verra dans cette formule alambiquée que la substitution permise par l'article 1048.

Qu'on ne dise pas que dans cette formule, pas plus que dans cette autre : « Je lègue à Pierre, d'abord l'usufruit sa vie durant ; » en second lieu la propriété des mêmes biens, mais ce dernier » legs sous la condition résolutoire de son prédécès à Jacques ; » et, en ce cas, je lègue à Jacques la propriété des biens que » Pierre aura recueillis, sous la condition suspensive de survie » de Jacques à Pierre, » qu'on ne dise pas qu'au lieu de faire une substitution, le père de famille ou le testateur étranger auraient créé une condition résolutoire contre le premier donataire et une condition suspensive au profit des seconds donataires !... Il n'en est rien. — Ce n'est pas le testateur, c'est la nature des choses, c'est la loi elle-même qui veulent que dans les substitutions, soit permises, soit prohibées, le grevé ne soit propriétaire que sous une condition résolutoire qui arrivera ou n'arrivera pas, et que l'appelé ne devienne propriétaire que sous une condition suspensive qui se réalisera ou ne se réalisera pas. Le testateur n'a rien créé ; il n'a fait tout simplement que décrire quel aurait pu être l'effet de l'événement si la disposition eût été valable.

En effet, dans les substitutions permises, celles des articles 1048, 1049 et 1050, quel est l'effet du prédécès du grevé ? — Son prédécès efface son ancienne qualité de propriétaire condi-

tionnel, et réduit son ancienne possession *animo domini* aux effets d'un simple usufruit; il révoque les charges et les hypothèques qu'il avait créées sur les choses données et les aliénations qu'il en aurait faites. Donc, le testateur n'opère rien par ce verbiage savant des doubles conditions résolutoire et suspensive; il ne fait que décrire les effets d'une substitution qui vient à s'ouvrir, effets réguliers quand la substitution est permise, effets nuls quand la substitution est prohibée : et en conséquence tout doit disparaître, institution, substitution et conditions.

6. Il est une vérité à laquelle il faut toujours revenir dans la matière ardue des substitutions prohibées, c'est que ce que le Code prohibe surtout, c'est la condition suspensive qui fait dépendre l'acquisition du second légataire, de la mort du premier après que celui-ci aura recueilli. Ce qui n'est pas prohibé, c'est la condition suspensive dépendant de tout autre événement que le décès de l'héritier légitime ou institué qui, le premier, a reçu les biens. Nous en avons un exemple dans l'espèce de l'arrêt *Piédelièvre* où la Cour de Rouen a distingué avec sagacité la condition suspensive permise, de la condition suspensive constituant la condition prohibée.

Piédelièvre avait, en mourant, laissé l'*usufruit de tous ses immeubles* à la demoiselle Ozeraie, enfant de dix ans; il lui aurait bien donné la propriété, mais il voulait qu'elle ne l'eût qu'autant qu'elle acquerrait l'âge nubile, qu'elle se marierait et laisserait des enfants légitimes. Jusqu'à l'accomplissement de ces événements, il voulait laisser ses immeubles dans sa famille et qu'ils y restassent si ces conditions n'étaient pas remplies. Il ajouta donc, après son legs d'usufruit : « Dans le cas où ladite Aimée-» Justine Ozeraie viendrait à se marier et à laisser lors de son » décès un ou plusieurs enfants légitimes, les biens que je » viens de lui laisser en usufruit deviendraient, *dans ce cas* » *seulement*, sa propriété exclusive, et, par conséquent, com-» poseraient, à ce titre, sa succession, sans que mes héritiers » présomptifs y puissent rien prétendre. »

Ainsi, les biens étaient laissés en nue propriété dans la famille Piédelièvre qui demanda la nullité du legs comme entaché de substitution : mais la mineure Ozeraie n'était pas, comme l'instituée dans une substitution, investie de la propriété sous la condition résolutoire de son prédécès; au contraire, elle

n'était instituée qu'éventuellement dans la propriété sous une condition suspensive indépendante de sa survie aux héritiers Piédelièvre ; les héritiers étaient jusque là saisis de la nue propriété, et ce n'était pas la survie de Justine Ozeraie aux collatéraux Piédelièvre qui devait l'investir du droit de propriété ; ce n'était pas non plus leur propre décès qui constituait la condition résolutoire par laquelle les héritiers (tacitement institués) devaient se trouver dessaisis. Aussi, la demande en nullité du testament fut-elle rejetée successivement par le tribunal de Pont-Audemer le 8 mars 1833, et par la Cour de Rouen le 22 février 1834. Pourvoi fut dirigé contre cet arrêt ; mais il fut justement rejeté le 17 juin 1835. (V. Dalloz, 35, 2, 30 ; 35, 1, 388 ; Sirey, 34, 2, 654 ; 36, 1, 44.)

L'opposition de cette espèce à celle que nous examinons suffit pour démontrer que notre opinion laisse le champ libre à l'application et au maintien des dispositions conditionnelles, quand elles ne dégénèrent pas en substitution ; mais aussi, dès qu'elles dégénèrent en substitution, tout doit être annulé.

7. On prétend, pour soutenir le double legs conditionnel dans les espèces que nous examinons, qu'en matière de substitution, on doit préférer l'interprétation qui laisse subsister le testament à l'interprétation qui le détruit ; et qu'en conséquence, quand le testament se résout par l'interprétation en deux conditions corrélatives (même dépendantes de la mort du premier donataire et de la survie du second donataire), il n'y a pas substitution.

Certes, dans le doute (nous entendons par là un doute véritable et non systématique), on doit préférer dans l'interprétation le sens duquel ne résulterait pas de substitution prohibée, soit que la clause doive demeurer nulle et sans effet, soit qu'elle puisse se résoudre en une disposition modale, conditionnelle, en une substitution vulgaire, en une simple charge d'usufruit, etc. C'est la conséquence du principe : *Accipienda est ambigua oratio quò res de quâ agitur magis valeat quam pereat. L.* 12. ff. *De rebus dubiis.*

Mais ici, il ne s'agit pas d'ambiguïté. Nous posons en principe que lorsque la double condition dépend du décès du premier légataire, il y a substitution formelle. Cela est vrai, 1° parce que toutes les substitutions peuvent se résoudre par l'analyse dans ces deux conditions dépendantes chacune du

même événement ; 2° parce qu'il est contraire à la raison juridique de faire dépendre la nullité ou la validité d'une formule, qu'on pourrait employer dans tous les cas possibles de substitution. Donc, cette objection est sans aucune portée.

8. On prétend encore, pour soutenir le système du double legs conditionnel valable, que, lorsqu'un legs est ainsi fait, le donataire qui jouit le premier et qui prédécède après avoir absorbé l'usufruit, n'est pas chargé de conserver et de rendre (comme dans la substitution) les biens dont la propriété appartient par l'événement au second donataire; que le second donataire est saisi *ab initio* par l'effet rétroactif de la condition accomplie, suivant l'article 1179 ; qu'il a donc reçu *directement* du vivant du testateur, lequel lui a transmis lui-même la nue propriété par l'effet de sa volonté; qu'il ne reçoit pas du premier donataire *obliquo modo;* qu'ainsi, dans le testament, on ne trouve pas la *double transmission* d'abord, du substituant au grevé, ensuite du grevé à l'appelé, qui forme ce qu'on appelle le caractère essentiel et distinctif de la substitution.

Or, nous pensons au contraire que dans les dispositions conditionnelles, se trouvent la charge de conserver et de rendre, comme dans la substitution; le trait de temps, comme dans la substitution; la seconde transmission *obliquo modo*, comme dans la substitution et de la même manière ; enfin, que si la condition est la mort du premier donataire combinée avec la survie du second, on y trouve alors l'ordre successif, c'est-à-dire, une transmission qui, à l'instant où meurt le premier légataire, fait parvenir les biens à lui donnés à d'autres qu'à ses héritiers ; et dans ce dernier cas, cette circonstance annule la double condition comme toute substitution.

9. Il faut bien qu'il en soit ainsi. Les substitutions existaient en droit romain sous le nom générique de fidéicommis, et n'y faisaient pas une espèce de fidéicommis à part. Ce sont les jurisconsultes du XVIe siècle et notre jurisprudence française qui ont inventé ce mot de *substitution fidéicommissaire*, pour distinguer des autres fidéicommis conditionnels, le *fidéicommis* qui s'ouvrait à la mort du grevé, au profit de l'appelé survivant.

Toutes les fois que la condition ne dépendait pas de la mort du grevé, le nom de *fidéicommis* demeurait seul sans qu'on y ajoutât le nom de substitution.

L'ordre politique, qui tendait à la conservation des biens dans

les familles et souvent sur la tête d'un petit nombre de membres dans la famille, pour en perpétuer le nom et la fortune, a changé. Les substitutions ont été abolies par la loi du 14 novembre 1792. Qu'a entendu cette loi? Abolir les fidéicommis? Non certes. Elle a entendu seulement abolir les substitutions proprement dites qui intervertissaient l'ordre des successions à la mort du grevé. — C'est un fait législatif certain et que personne ne conteste.

Donc, ni les lois de 1792 ni le Code Nap. par son article 896 n'ont entendu en rien abolir *les fidéicommis* dont l'ouverture dépendait d'un autre événement que la mort du premier gratifié.

10. Or, si les substitutions sont des fidéicommis conditionnels; si l'on trouve dans les substitutions la charge imposée au premier gratifié de conserver et de rendre, la coexistence de deux libéralités, deux transmissions, une venant du testateur *directo modo*, une seconde venant de la même source, mais s'exerçant *obliquo modo* par la restitution du premier légataire au second à l'instant de l'événement de la condition qui lui confère la propriété et le trait de temps entre les deux possessions, pourquoi ces mêmes caractères ne se rencontreraient-ils pas également dans les fidéicommis sous condition suspensive (autre que la mort du premier détenteur et la survie du second donataire)? Dès que les fidéicommis conditionnels sont le genre et que la substitution fidéicommissaire est l'espèce, il est nécessaire que les caractères du genre se rencontrent dans l'espèce. Le caractère qui différencie l'espèce prohibée des espèces permises, c'est la condition suspensive dépendant du décès du premier gratifié. Donc, dans les fidéicommis conditionnels, mais permis, on peut retrouver les autres caractères de la substitution prohibée, moins la fixation de l'événement au décès du premier gratifié. Telle est l'espèce de l'arrêt *Piédelièvre* que nous avons cité plus haut; telle serait celle du legs d'un domaine que je ferais à Pierre sous la condition de le conserver et de le rendre à Jacques, si celui-ci devient docteur en droit. L'événement qui doit rendre Jacques propriétaire n'est pas le prédécès de Pierre, premier donataire: ce qui suffit pour ne pas rentrer dans l'application de l'article 896.

11. D'où vient donc la confusion qui règne dans cette matière, et qui a entraîné tant de bons esprits dans le parti contraire? C'est que faute d'une théorie des conditions écrite d'une manière complète dans le titre des *Testaments*, on a eu recours

au titre des *Contrats ou Obligations conventionnelles* dont l'article 1179 porte dans sa première partie que « la condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été » contracté; » et l'on en a tiré cette conséquence, que la condition testamentaire, quand elle était accomplie, doit, comme la condition contractuelle, avoir un effet rétroactif au jour de l'ouverture du testament; et par une suite de conséquences ultérieures, on est arrivé à dire que le légataire conditionnel étant saisi à partir du jour du décès du testateur par l'effet de l'accomplissement de la condition, il tenait directement son droit du testateur, et ne recevait rien, même la possession, du détenteur des biens.

C'est ici, selon nous, qu'est l'erreur. On a transporté une loi d'un ordre déterminé, la loi des contrats, à une loi d'un ordre tout différent, la loi des testaments; et par le mélange d'idées d'ordres différents, on est arrivé à une conclusion fausse.

Nous convenons que le titre des Contrats ou Obligations conventionnelles est dans le Code Napoléon le titre le plus abstrait et le plus philosophique; nous convenons que souvent, quand il s'y trouve des idées générales, elles peuvent sans danger être invoquées dans d'autres matières : par exemple, il est vrai en toute matière, que la condition suspensive est celle qui dépend d'un événement futur et incertain, comme le dit l'article 1181. — Il en serait de même des articles 1169, 1170, 1171, qui contiennent les définitions de diverses espèces de conditions, casuelles, potestatives, mixtes. Ce sont là des idées générales et abstraites; ce ne sont pas des dispositions législatives. Mais lorsqu'il s'agit de prescriptions dispositives, telles que celles de l'article 1179, on ne peut pas toujours les transporter d'une matière à une autre, et par conséquent on ne peut régler les testaments par ce que le législateur a édicté pour régler les conventions.

Cet article 1179 a deux parties : dans la première se trouve la cause : « La condition accomplie a un effet rétroactif au jour » auquel l'engagement a été contracté. » Dans la seconde partie la loi dit clairement quel en sera l'effet : « Si le créancier est » mort avant l'accomplissement de la condition, ses droits » passent à son héritier. »

Que dit, au contraire, l'article 1040 du titre des *Testaments?* En voici les termes : « Toute disposition testamentaire faite sous

» une condition dépendante d'un événement incertain, et telle » que, dans l'intention du testateur, cette disposition ne doive » être exécutée qu'autant que l'événement arrivera ou n'arri- » vera pas, sera caduque, si l'héritier institué ou le légataire » décède avant l'accomplissement de la condition. » — D'après l'article 1040, en cas de décès du légataire sous condition suspensive avant l'accomplissement de la condition, point de transmission de son droit à son héritier. D'après l'article 1179, c'est de la rétroactivité de la condition que le créancier tire son droit de transmission de l'obligation à son héritier. On peut donc conclure au moins de la comparaison des textes que la condition testamentaire n'est pas rétroactive au même degré que la condition contractuelle.

Donc, on ne doit pas emprunter, pour les conditions testamentaires, l'article 1179, écrit seulement pour les conditions contractuelles. On le doit d'autant moins quand il s'agit de la condition de survie du second donataire, qu'alors cette condition est essentiellemment personnelle et ne peut pas passer à l'héritier. Or le grand pivot de l'opinion contraire à la nôtre est dans l'article 1041, et il suffit de lire cet article, pour reconnaître qu'en aucune circonstance on ne peut l'appliquer au cas où l'effet de la condition ne peut passer à l'héritier.

12. Dans l'ancien droit, quelques auteurs, notamment Furgole (*Traité des testaments*, chap. 7, sect. 4, n° 134 et suivants), faisaient remonter dans tous les cas l'effet de la condition testamentaire au jour du décès du testateur, et le fondement de leur opinion était que les charges créées ou les aliénations faites par le légataire sous condition résolutoire disparaissaient à l'instant de la perte de son droit. Or, on n'avait pas besoin de ce système pour effacer les charges et les aliénations provenant du grevé ou du fidéicommissaire : car, c'était aussi une vérité générale en droit romain que personne ne pouvait transférer à autrui plus de droits qu'il n'en avait lui-même. *Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*, L. 54, de *Reg. juris*. Les mêmes principes existent chez nous : ils résultent de tout le titre de la Vente, notamment de la règle que la vente de la chose d'autrui est nulle et de l'article 2125 au titre des *Hypothèques*. Nous n'avons donc pas plus besoin que les Romains d'admettre que les conditions testamentaires rétroagissent d'une manière absolue au jour du décès du testateur. Dans tous les fi-

déicommis, l'accomplissement de la condition, soit que ce fût la survie du second légataire ou tout autre événement arrivé pendant la vie du grevé de fidéicommis, ne résolvait pas le droit de celui-ci *ab initio*, mais du jour de l'événement, *non pro ut ex tunc, sed pro ut ex nunc;* et comme les jurisconsultes romains ne se servaient pas des mots *résolution*, *résoluble*, *résolutoire*, l'idée chez eux était plus claire : ils disaient que par l'accomplissement de la condition dans les legs et dans les fidéicommis, le domaine *se sépare* de l'ancien propriétaire, dont il abandonne la personne. V. LL. 82, in pp°., ff., *De legat.* 1°; 66, ff., *De reivendicatione. Existente conditione*, DISCESSURUM *a me dominium;* ABIT *a nobis dominium.* Ce n'est plus, comme dans l'idée ordinaire que présente notre mot de *résolution*, le passé qui s'efface; c'est un droit qui se sépare, qui *discède* de la personne sur la tête de laquelle il s'était jusque-là reposé, pour arriver entier entre les mains de celui *qui ne doit commencer* à le posséder que du jour de l'événement : *Cedere diem* significat *incipere deberi.* (L. 213, ff., *De Verb. signif.*)

13. Aussi Cujas, *sur la loi* 78, *ff. de Verb. oblig.;* Denis Godefroy, *sur la loi* 5. *C. de cond. insert.* Ricard, *Dispositions conditionnelles*, n° 203. Pothier, *Donations testamentaires*, ch. 6, sect. 3, § 1er, 3e *alinéa*, et les auteurs du nouveau Denisart, mot *Condition*, § 4, n° 122, refusaient-ils la rétroactivité aux conditions testamentaires, parce que les legs conditionnels ne passent pas à l'héritier du légataire. La condition suspensive ne doit rendre le légataire, gratifié sous cette condition, propriétaire absolu de la chose léguée que du jour de l'événement, à la différence de la condition suspensive dans les obligations, qui rétroagit toujours au jour du contrat : car, dans les actes entre vifs, ceux qui contractent stipulent ou sont censés stipuler pour eux et pour leurs héritiers ; d'où il suit que le droit qui résulte du contrat peut être, en vertu de la stipulation, acquis aux héritiers des contractants après la mort de ces derniers, par l'événement de la condition qui, dans ce sens, a un effet rétroactif au temps du contrat : mais il en doit être autrement pour la condition testamentaire : car le testateur ne lègue qu'à la personne du légataire; il ne lègue pas aux héritiers de celui-ci. C'est pourquoi le droit qui résulte du testament ne peut, après la mort du légataire, être acquis à ses héritiers, si l'événement de la condition n'était pas accompli avant sa mort. —

Telle était la doctrine avant le Code; et elle était conforme à la raison, sans offrir aucun danger, puisque il en résultait que le premier légataire chargé du fidéicommis conditionnel ne devait aucune restitution des fruits, qu'il les avait fait siens comme propriétaire jusqu'au jour de l'événement, et que d'un autre côté, ce qu'il avait fait au préjudice du fonds s'effaçait en vertu de la règle : *Nemo plus juris ad alium, etc.* C'était un héritier à toujours, si la condition ne s'accomplissait pas; si elle s'accomplissait, il n'avait été qu'un dépositaire de la nue propriété, et, par conséquent, il avait fait contre son droit et contre ses obligations personnelles tout ce qui portait atteinte à la propriété.

14. Puisque tel était l'état de la doctrine, et surtout de la doctrine de Pothier, si connue lors de la rédaction du Code, comment tant de bons esprits ont-ils pu penser que sous le Code Napoléon, la théorie des conditions fût la même dans les testaments que dans les contrats?

Les articles 1040 et 1041 ne devaient pas induire dans cette erreur.

D'abord, il suffisait que l'article 1040 eût dit que le legs fait sous condition suspensive ne passait pas à l'héritier du légataire mort avant l'accomplissement de la condition, pour avertir que le principe de rétroactivité absolue, posé dans la première partie de l'article 1179 sur les conditions contractuelles, n'était pas applicable aux conditions testamentaires, puisque l'article 1179 tire sur-le-champ de ce principe une conséquence contraire à la disposition de l'article 1040. Les effets opposés prouvent que la cause n'est pas la même, comme nous l'avons dit, n° 11.

En second lieu, il faut bien se pénétrer de cette vérité, que les articles 1040 et 1041 prennent le mot *condition* dans le sens étendu de toutes clauses, modes, démonstrations affectant la disposition, comme dans l'article 900 du Code, et ne pas croire que les articles 1040 et 1041 s'occupent tous deux de la condition suspensive proprement dite.

Les rédacteurs du Code savaient qu'il n'y a vraiment de condition suspensive, qu'autant que l'événement qui suspend l'acquisition de la propriété est incertain; mais ils savaient également que la rédaction des testaments est souvent incorrecte, et qu'une disposition à terme est souvent exprimée sous une forme en apparence conditionnelle. Par exemple, *Je donne à Pierre* 10,000 *francs, s'il vient à mourir.* Ce legs est un véri-

table legs à terme, fixé au jour du décès du légataire. Or, pour éviter la prolixité et les distinctions des Pandectes sur les conditions et les démonstrations, et donner une règle simple pour l'interprétation des modifications se présentant sous une forme conditionnelle, ils ont fait dépendre cette interprétation de l'intention du testateur, qu'il est du devoir du juge de rechercher; et ils ont dit que « lorsqu'une disposition se présenterait » affectée de termes conditionnels, le juge devait pénétrer l'in- » tention, et que si l'intention du testateur était que la disposi- » tion ne dût être exécutée qu'autant que l'événement arriverait » ou n'arriverait pas, le droit ne passerait pas aux héritiers du » légataire décédé avant l'accomplissement de la condition, parce » qu'alors elle dépendait d'un événement incertain et que c'é- » tait le cas de la vraie condition suspensive (Art. 1040).

» Mais que si la condition n'existait que dans la forme, et que, » malgré les termes conditionnels, il résultât du fait ou de quel- » que disposition du testament, que l'intention du testateur était » de donner d'une manière ferme dès son décès, et que les » termes modificatifs dussent avoir, dans son intention, l'unique » effet de suspendre l'exécution, non celui de suspendre l'ac- » quisition du droit, alors il n'y aurait pas de vraie condition » suspensive, il y aurait par le testament terme ou simple mode » attaché à la disposition, qui lui donnerait l'être et produirait » un droit acquis du jour du testament : » d'où la conséquence que la mort du légataire avant le terme ne serait pas un obstacle à la transmission de son droit à ses héritiers (Art. 1041), de même qu'il arrive pour un legs pur et simple (Art. 1014).

Donc, les articles 1040 et 1041 n'ont pas eu pour objet de changer l'ancienne théorie des conditions testamentaires: ils n'ont eu pour objet que de donner aux juges le pouvoir de distinguer entre les conditions apparentes ou fausses et les vraies conditions suspensives, et de supprimer la multitude de règles écrites aux Pandectes, en leur enlevant, par l'abrogation, la force législative et en leur laissant l'empire de la raison.

Donc, sous le Code, la théorie des conditions testamentaires de l'ancien droit n'a pas changé; et la vraie condition suspensive, ne passant pas à l'héritier du légataire, ne fait acquérir son droit au légataire qu'au jour de l'événement prévu par la condition.

15. M. Toullier a cherché, t. V, n° 93, à la note, et t. VI, n° 544, à concilier l'opinion de Furgole et celle de Cujas et de

Pothier, en disant qu'il est certain que l'effet rétroactif de la condition est moins étendu dans les legs que dans les contrats : il reconnaît dans la condition testamentaire un effet rétroactif quant à la chose léguée et quant aux tierces personnes, telles que les tiers détenteurs et les créanciers du premier légataire; mais il dénie cet effet *quant à la personne du légataire.*

Cette conciliation revient, pour les effets, à notre opinion; car elle dit comme nous, que le second légataire n'acquiert qu'au jour de l'événement. Elle peut suffire; car, si le légataire conditionnel n'a de droits personnels que du jour de l'événement, il ne pourra pas répéter du premier légataire les fruits de la chose; mais quoique nous l'ayons admise autrefois, la réflexion prouve qu'on n'en a pas besoin et que l'opinion de Pothier est plus franche et plus conséquente. Oui, l'événement arrivé, le légataire conditionnel peut revendiquer la propriété aux mains des tiers ou se refuser au payement des charges. Mais pourquoi? Est-ce à cause de la rétroactivité de la condition? Non. C'est uniquement parce que par son acceptation le premier légataire s'était obligé, par un quasi-contrat envers le second, à lui conserver et à lui restituer l'objet du fidéicommis, et parce que les tiers n'ont pu acquérir les biens ou les charges que selon l'étendue du titre de propriété du premier légataire. Il était donc inutile d'inventer un système mixte, quand on trouve dans la loi les moyens de satisfaire à l'équité.

16. Ceci posé, puisque la classe des legs conditionnels renferme les fidéicommis et que la classe des fidéicommis renferme les substitutions permises ou prohibées, il faut en conclure nécessairement :

1° Que les fidéicommis conditionnels, tels que : « Je donne » telle chose à Pierre, à la charge de la conserver et de la » rendre à Paul, si Paul atteint tel âge, s'il revient de l'armée » ou de tel pays, si tel navire revient d'Afrique, etc., » (qui ne dépendent pas du prédécès du premier donataire), offrent, comme les substitutions, la coexistence de deux libéralités; et, comme les substitutions, une libéralité pour Pierre, subordonnée à la condition résolutoire, si l'événement arrive (mais en ce cas, assurant à Pierre l'usufruit intermédiaire, ce qui n'arriverait pas si l'effet rétroactif était absolu); puis une seconde libéralité pour Paul du même bien légué, mais purement éventuelle et sous condition suspensive.

2° Que dans les fidéicommis conditionnels, il y a double transmission, si l'événement arrive comme dans les substitutions; car la condition ne réagissant pas au jour du décès du testateur, le second légataire ne devient propriétaire que du jour de l'événement, quoique les charges de la propriété créées par le premier légataire s'effacent en vertu du principe, *Nemo potest ad alium*, etc.

3° Que cette seconde transmission s'opère dans les fidéicommis conditionnels *obliquo modo*, de la même manière que dans les substitutions. Ainsi, il est vrai que si, au moment de l'ouverture du fidéicommis, le second légataire ne reçoit pas du premier le domaine de la chose, qu'il tient de l'auteur même de la disposition suivant l'adage *capit à gravante, non à gravato*; néanmoins, le second légataire reçoit la possession des mains du premier légataire qui la lui restitue, ce qui a fait appeler par Peregrinus la substitution fidéicommissaire, *Subrogatio in locum alterius obliquo modo* : et, comme la chose que reçoit le second légataire conditionnel des mains du premier, qui satisfait à la dette qu'il a contractée en lui transférant la possession, parvient à celui-ci par le ministère du premier comme dans la substitution, on peut dire de la transmission du legs conditionnel, que le second le reçoit, selon le langage de Peregrinus sur les substitutions, *Cum mediante facto et ministerio alterius.*

4° Qu'en conséquence, dans les fidéicommis comme dans les substitutions, il y a le *trait de temps*, car, puisque nous avons prouvé que la vraie condition suspensive dans les dispositions testamentaires n'entraîne pas, lors de son accomplissement, la résolution *pro ut ex tunc*, mais produit seulement la résolution *pro ut ex nunc*, la conséquense nécessaire est qu'il n'y a pas eu pour le second légataire, un droit de propriété concomitant avec le droit de propriété du second, et, dès lors, il y a eu un intervalle entre l'effet de chacune des libéralités, ce qu'on appelle le *tractus temporis.* Cela serait vrai, même quand la condition suspensive se serait accomplie le lendemain de l'ouverture du testament ou quelques instants après cette ouverture : il suffit d'un instant pour constituer le *trait de temps* : car comme l'a dit Bergier sur Ricard, « Le *tractus temporis* » n'est qu'un point mathématique qui peut être sans tenue et » sans durée. L'imagination conçoit un instant imperceptible

» durant lequel la propriété repose, ou du moins passe sur la » tête de celui qui doit rendre. Le moment qui le saisit précède » celui qui le dépouille. Voilà le trait de temps. »

5° Enfin, dans les fidéicommis conditionnels valables, comme dans les substitutions, l'héritier légitime ou testamentaire est chargé de conserver et de rendre si l'événement vient à s'accomplir. Quand nous avons établi ci-dessus que la condition testamentaire n'a pas la force de rétroagir au décès du testateur quant au droit de propriété, nous avons prouvé par là même que c'était à l'héritier ou au premier donataire saisi à conserver la chose et à la restituer, si la condition s'accomplissait : il la restitue comme possesseur actuel.

Et qu'on ne dise pas, comme nous l'avons lu dans une dissertation fort bien faite dont MM. Dalloz ont enrichi leur recueil sous l'arrêt Lezé, que l'incertitude de la propriété dans les substitutions ne tient qu'à cette circonstance que l'appelé n'a droit aux biens substitués qu'autant qu'il vivra encore au décès du grevé. — L'incertitude de la propriété est la même, quelle que soit la condition, et si je donne des biens à Pierre pour les rendre à Paul, aujourd'hui écolier, si jamais il devient membre de l'Institut, je ne fais pas une substitution, puisque le droit de Paul n'est pas subordonné à sa survie à Pierre, mais à une condition mixte dépendant de Paul et d'événements incalculables actuellement; et quoique ce ne soit pas une substitution, la propriété est au moins aussi incertaine, que si le droit de Paul était subordonné au décès de Pierre.

17. Ainsi tous les caractères de la substitution (excepté l'*ordre successif*, c'est-à-dire la condition suspensive dépendant de la mort du premier gratifié) se retrouvent ou peuvent se retrouver dans le fidéicommis conditionnel permis, et dans les dispositions conditionnelles faites par testament. Donc, quand cette condition de survie au premier donataire fait acquérir au second donataire les biens légués au premier sous la condition résolutoire de son prédécès au second légataire, le testateur, quelle que soit sa rédaction, n'eût-il pas parlé de substitution et eût-il pris la forme d'un double legs conditionnel, a nécessairement complété dans sa disposition complexe le caractère des substitutions prohibées, car il a établi l'*ordre successif* proscrit, puisque la condition testamentaire ne remonte jamais au temps du testament à l'égard du légataire ;

donc, tout doit être annulé conformément à l'article 896 et contrairement à la doctrine de l'arrêt Lezé.

18. Nous avons maintenant à examiner la même espèce sous le rapport de l'article 899, qui avait servi de fondement à l'arrêt de la Cour d'Angers. Dès que l'usufruit est donné à l'un, et la nue propriété à l'autre, on n'est plus régi, dit-on, par l'article 896, mais par l'article 899, qui dit formellement que ce n'est pas là une substitution.

Ceci nous semble encore être une erreur. L'article 899 ne parle que de donations simultanées de la nue propriété à *Primus*, et de l'usufruit à *Secundus*, pour qu'à l'extinction de l'usufruit il se réunisse à la nue propriété dont aura joui *Primus*. Si l'on ose se servir de cet article pour donner à *Primus* la propriété sous la condition résolutoire de son prédécès avec ou sans enfants à *Secundus*, auquel cas *Primus* n'aura été qu'usufruitier, et la propriété des mêmes biens à *Secundus*, mais seulement pour le cas où il survivrait à *Primus*, ce n'est plus là l'application de l'article 899 : c'est créer une véritable substitution.

19. Sur ce point abordons la loi.

L'article 896, dans le chapitre des *Dispositions générales*, vient de caractériser les substitutions prohibées.

L'article 897 renvoie aux substitutions permises.

L'article 898 enseigne que les substitutions vulgaires (c'est-à-dire celles qui substituent un légataire à un autre qui ne recueille pas le legs) ne sont pas regardées comme substitutions prohibées. Et pourquoi? Parce qu'il n'y a pas là la moindre apparence de fidéicommis.

L'article 899 dit qu'il ne regarde pas comme substitution la disposition testamentaire par laquelle l'usufruit sera donné à l'un et la nue propriété à l'autre.

Comment le dit-il? — Encore comme *disposition générale!* Le législateur ne parle pas ici des termes, des modes, des conditions dont peut être affecté le legs d'usufruit ou le legs de nue propriété; c'est seulement un précepte par lequel il dit : « Si un testateur donne la nue propriété à l'un et l'usufruit à l'autre, il n'y a pas substitution; car, bien que la réunion de l'usufruit à la propriété puisse ne s'opérer qu'à la mort de l'usufruitier, néanmoins la nue propriété appartient dès à présent à celui à qui elle a été donnée; il possède d'une manière ferme et in-

commutable une propriété modifiée. Donc ce n'est pas là une substitution. »

C'est évident : et, pourtant, voilà qu'aujourd'hui la pratique cherche à inventer une sorte de legs d'usufruit posthume qui sépare rétroactivement l'usufruit de la propriété à l'instant même où l'usufruit devrait s'éteindre, afin que pendant toute sa vie le nu-propriétaire reste dans l'incertitude de savoir s'il sera ou non propriétaire incommutable? C'est là une véritable fraude à l'esprit et à la volonté de la loi : *Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet; fraudem vero, qui salvis verbis legis, sententiam ejus circumvenit,* l. 29, ff. *De legibus;* et cette fraude ne met pas à couvert de la nullité prononcée par l'article 896 : *Non dubium est in legem committere eum, qui verba legis amplexus, contra legis nititur voluntatem,* l. 5, C., *eod. tit.*

20. Au surplus, si l'article 899 est au nombre des *Dispositions générales du titre des Testaments;* c'est aussi une disposition abstraite; elle est, par conséquent, susceptible d'être modifiée, affectée, aidée ou écartée par d'autres dispositions. Ainsi elle est soumise à une autre *disposition générale*, à celle de l'article 900. — Si l'on fait un legs de la nue propriété à l'un et un legs de l'usufruit à l'autre, sous des conditions impossibles, contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, le nu-propriétaire et l'usufruitier n'en réclameront pas moins leur legs en repoussant la condition comme légalement réputée non écrite, parce que l'article 900 (autre disposition générale) leur viendra en aide. — Pourquoi donc l'article 899 ne serait-il pas soumis de même à l'article 896, qui est aussi une disposition générale et qui domine tout dans la matière *des donations entre-vifs et testamentaires?* La loi prohibe les substitutions. Elle veut, sous quelque forme que se produisent les substitutions, qu'elles n'aient d'existence devant elle que pour annuler la disposition principale et s'évanouir elles-mêmes. Donc, quand un testateur aura fait une institution de la propriété, sous la condition que ce legs se résoudra si tel événement incertain (un mariage, une survenance d'enfants, etc.) n'est pas survenue au décès de ce légataire ; quand il aura donné cette nue propriété à un second légataire s'il survit au premier légataire ; quand enfin le testateur déclarera ainsi que le premier légataire n'aura été audit cas que simple usufruitier pendant sa vie, ce testateur n'en aura pas moins combiné son legs de manière que, dans l'incertitude de

savoir s'il sera jamais propriétaire incommutable, le légataire premier gratifié aura été toute sa vie *chargé de conserver et de rendre!* Or, c'est là ce que la loi ne veut pas! c'est là ce que l'article 896 prohibe! c'est là ce qui annule le tout! Nul ne peut interpréter l'article 899 de manière à détruire l'article 896.

Soyons de bonne foi quand nous interprétons le Code, et ne le déshonorons pas par des arguties. Tout est simple dans sa rédaction : il prohibe les substitutions et annule les dispositions qui en sont viciées (art. 896); il les permet dans les institutions que les père et mère font de leurs enfants, et non dans les institutions des petits-enfants (art. 897 combiné avec 1048); il nous dit que la substitution vulgaire n'est pas prohibée, parce que le premier institué, défaillant au temps du décès et n'y recueillant rien, n'a détenu les biens à aucun titre (art. 898); enfin il nous enseigne (art. 899) qu'à l'ouverture de la succession l'un peut posséder l'usufruit, l'autre la nue propriété, parce que cette division du fonds et de la jouissance n'a pas pour l'ordre public les mêmes conséquences que les substitutions, car, elle ne servirait pas au maintien des grandes familles, raison démocratique de l'article 896 du Code Napoléon que nous sommes forcés d'avouer, et seul fondement de la prohibition.

Mais le Code Napoléon se borne là; mais il ne nous dit pas qu'on pourra instituer quelqu'un dans la propriété sous la double condition résolutoire d'un événement qui ne se vérifiera qu'au décès de l'institué et de son prédécès à un tiers auquel, ce double cas échéant, appartiendront les biens *ab initio;* et, par une alternative bizarre, instituer le même légataire dans l'usufruit seulement, *ab initio*, sous la double condition suspensive qu'il mourra avant que tel événement soit arrivé et que telle personne survivra à qui la nue propriété appartiendrait, *ab initio*, sous la même condition suspensive!!! Il faut abandonner ces combinaisons prétendues savantes : la loi ne contient pas et ne peut pas contenir en elle-même le germe de sa destruction.

21. Au surplus, avant l'arrêt de 1855, la question s'était présentée à la Cour de cassation dans des termes assez simples. Le sieur Decherf, par son testament, avait distribué ses immeubles entre trois légataires : il les leur avait donnés en propriété et réglé leurs parts en ajoutant : « *Si, parmi eux, quelqu'un reste » sans enfants, il aura simplement l'usufruit pendant sa vie.* » Les héritiers demandèrent la nullité du testament fondée sur la

substitution. La Cour de Douai ne vit pas une substitution dans l'espèce, et n'y vit qu'une institution conditionnelle. Lors du pourvoi contre cet arrêt, M. le Conseiller rapporteur soutint fortement la doctrine de la *double institution* conditionnelle (le Recueil de Devilleneuve et Carette, année 1844, t. I, p. 269, nous a conservé son remarquable et habile rapport). — Qu'en est-il arrivé? Que le rapport n'a été adopté que dans la partie portant « que, la condition de l'existence des enfants au jour du décès » du légataire n'étant pas ajournée à une époque postérieure au » jour du décès du testateur, il n'y a aucune violence à faire au » texte de la disposition en considérant cette condition comme » se référant au moment du décès du testateur, et à décider, par » suite, que, si la clause contient une substitution, ce n'est, » dans tous les cas, qu'une substitution vulgaire. » — La Cour de cassation a donc rejeté le pourvoi; mais elle a rejeté en même temps le système de la double institution conditionnelle proposé par l'arrêt de Douai et défendu par le rapporteur, et l'arrêt s'est borné, dans sa brièveté sévère, à donner pour unique motif du rejet que « la clause du testament a pu, par une » légitime et raisonnable interprétation, être considérée comme » exprimant une condition *dont l'accomplissement n'était pas* » *reporté*, DANS LA PENSÉE DU TESTATEUR, *à une époque postérieure* » *à son décès.* »

Et par une conséquence implicite, mais nécessaire, l'arrêt du 4 décembre 1843 a fait clairement entendre que, si l'accomplissement de la condition eût, dans la pensée du testateur, été reportée à la mort des deux premiers légataires arrivant après qu'ils auraient recueilli le legs, l'institution, sous la condition de survie aux premiers qui auraient recueilli l'hérédité, aurait alors constitué la charge de conserver et de rendre, avec trait de temps et ordre successif, proscrite comme substitution fidéicommissaire caractérisée par l'article 896 du Code Napoléon.

Quelle doctrine doit-on suivre, celle de l'arrêt *Decherf* de 1843, ou celle de l'arrêt *Lezé* de 1855?

Évidemment celle de l'arrêt Decherf; elle est conforme aux principes. La majorité de la chambre des requêtes, en laissant subsister l'arrêt de Douai, a néanmoins proscrit le système erroné d'institution sous double condition résolutoire et suspensive.

22. Cet arrêt est conforme d'ailleurs à la jurisprudence de la

Cour de cassation, qui a toujours considéré comme substitution l'institution quand les biens devaient passer à un tiers au décès de l'instituant, si l'institué n'était pas marié, ou s'il n'avait pas d'enfants à son décès. Ainsi jugé dans l'affaire *de Marconnay, Rejet*, 3 *nov.* 1824, *S.* 25, 1, 42; dans l'affaire *Schwartz*, 21 *juin* 1841, *S.* 41, 1, 603; dans l'affaire *Balandra, Rejet*, 22 *nov.* 1842, *S.* 42, 1, 914; dans l'affaire *Suriray, Rejet*, 30 *juillet* 1827, *S.* 28, 1, 36, et la Cour de cassation ne s'est éloignée de cette jurisprudence que toutes les fois qu'on pouvait entendre ou qu'on avait entendu que la clause avait été écrite pour le cas de célibat ou d'absence d'enfants au temps de la mort du testateur, ainsi qu'elle l'a considéré en fait dans l'affaire *Decherf*, ou pour un temps qui ne serait pas celui de la mort du grevé, ainsi qu'il s'est aussi rencontré en fait dans l'affaire *Piédelièvre*.

23. L'arrêt *Decherf* nous conduit à l'examen d'une autre difficulté analogue sur laquelle l'opinion de jurisconsultes célèbres nous paraît s'être aussi fourvoyée. Nous voulons parler ici de *l'accroissement* établi par testament pour être exercé entre les légataires conjoints, APRÈS QU'ILS AURONT RECUEILLI.

Quand il s'agit de légataires conjoints, et que la disposition peut s'entendre d'un fait qui arrivera *pendant la vie du testateur*, sans que la volonté du testateur en ait étendu la puissance après que le legs aura été recueilli, il n'y a pas substitution fidéicommissaire; il n'y a que substitution vulgaire et réciproque implicitement. La Cour de cassation a jugé que *Decherf*, en distribuant ses immeubles entre trois légataires, et en ajoutant : « *Si parmi eux quelqu'un reste sans enfants, il aura simplement l'usufruit pendant sa vie*, » avait pu entendre : « *Si* » *parmi eux quelqu'un avait perdu ses enfants* A L'ÉPOQUE OÙ » S'OUVRIRA MA SUCCESSION; » et par conséquent qu'étant douteux que le testateur eût voulu établir un accroissement postérieur à son propre décès, il était resté mentalement dans les termes de l'article 1044.

24. De même dans l'affaire du testament de Mme *Siméon*. Cette dame n'avait qu'une fille unique, Mme Marlot. Elle institua pour légataires universels, et pour jouir par égales portions, les trois enfants d'Antoine-Jean Doulcet, « voulant qu'en cas de décès » sans postérité de l'un ou de l'autre de ses neveux ou nièce, » *la portion du prédécédé profitât tout entière* à celui ou à celle,

» ou à ceux d'entre eux qui survivraient, pour être partagée par » les survivants également. » — La dame Marlot, fille unique de la testatrice, donnait à ce testament cette interprétation, que la testatrice avait entendu parler du cas où l'un des neveux ou nièce viendrait à mourir *après la testatrice*; et qu'en conséquence, le testament contenait entre les neveux et nièce une substitution fidéicommissaire et réciproque. Les neveux Doulcet répondaient qu'il s'agissait uniquement du cas où l'un des légataires mourrait avant la testatrice, non pas après elle, ce qui réduisait la clause à un legs conjoint. Le tribunal de la Seine et la Cour de Paris, par jugement du 30 novembre 1812 et arrêt du 12 mars 1813, maintinrent le testament, « attendu que, loin d'avoir fait une » substitution fidéicommissaire, la testatrice *n'a voulu* établir » que le droit d'accroissement entre ses légataires *dans le cas* » *où l'un d'eux viendrait* A MOURIR AVANT ELLE (*sic*). » Le pourvoi a été rejeté par arrêt du 19 juillet 1814, et la Cour de cassation a déclaré que « d'après les termes mêmes du testament, la Cour » d'appel de Paris a pu décider, *par voie d'interprétation*, que » la testatrice n'a pas établi, *dans l'espèce*, une substitution » fidéicommissaire proscrite par la loi, et que les termes em- » ployés par le testament de la dame Siméon *ne se trouvaient* » *point en opposition* avec la décision de l'arrêt de Paris. » (Sirey, t. XV, part. I, p. 14.)

Ces arrêts ne sont pas les seuls : toutes les fois que la Cour de cassation a pu expliquer la substitution réciproque par la vulgaire plutôt que par la fidéicommissaire, elle l'a fait. — Arrêt du 26 juillet 1808 (S., 1808, 1, 382), rejetant le pourvoi contre un arrêt de Caen du 28 janvier 1807. Cette Cour avait déclaré sur le testament de la demoiselle Hamelin, « qui avait » légué aux sieur et dame Dorbec, ses oncle et tante, conjoin- » tement tous ses meubles et effets mobiliers, voulant que le » *survivant* en disposât ainsi que bon lui semblerait, » qu'il n'y avait pas substitution prohibée, mais expression *inutile* des effets du legs conjoint. Par conséquent, la Cour de Caen avait entendu la clause du cas où l'un des légataires mourrait avant la testatrice, comme on l'a vu ci-dessus dans les arrêts Decherf et Marlot. — Autre arrêt du 11 juin 1817 (S., 1818, 1, 294). Le testament du sieur Maslieurat léguait la moitié de ses biens aux deux enfants d'Henri Maslieurat, son fils unique; et dans le cas que l'un de ses petits-enfants vînt à mourir sans enfants, il lui

substituait l'autre survivant. La Cour de Limoges, par son arrêt du 3 janvier 1816, a refusé de voir dans cette disposition une substitution réciproque fidéicommissaire, parce qu'à l'époque où elle avait été écrite, le testateur pouvait n'avoir en vue que l'accroissement arrivant de son vivant; elle a donc expliqué la réciproque par la vulgaire. L'arrêt de Limoges fait d'autres raisonnements, mais l'arrêt de rejet se borne à déclarer que « le » testament présentant la question de savoir si la disposition » renfermait une substitution vulgaire ou une substitution fidéi- » commissaire, et les termes dans lesquels est conçue cette dis- » position pouvant se prêter à l'une et à l'autre interprétation, la » Cour royale n'a pas violé l'article 896, en interprétant la volonté » du testateur dans le sens qui donne force et exécution à l'acte » testamentaire. » — De même, arrêt de rejet du 10 janvier 1821 (S., 1821, 1, 324), dans l'affaire du testament de *Bonnet Maret*, qui avait institué pour ses héritiers les trois enfants d'Antoine Maret, et ajouté : « Je veux que si quelqu'un d'eux venait à dé- » céder sans enfants, sa portion soit réversible à ses frères. » La Cour saisie de l'affaire n'y vit qu'une substitution vulgaire, et l'arrêt de rejet exprime « que la clause du testament ne por- » tant pas expressément la condition de conserver et de rendre, » condition qui caractérise les substitutions fidéicommissaires, » les juges ONT PU, en interprétant la clause, *l'assimiler* à une » substitution vulgaire non prohibée par nos lois, et encore au » droit d'accroissement d'après la disposition de l'article 1044 » du Code, et qu'en jugeant ainsi, ils ne se sont pas mis en » opposition avec l'article 896. »

25. De ces arrêts que peut-on conclure? — On doit en conclure que quand les termes du testament sont tels qu'on puisse les interpréter d'un accroissement qui s'opérerait par la mort, ou par l'incapacité de l'un des légataires survenue *avant la mort de la testatrice*, on se trouve dans le cas de l'accroissement fixé par l'article 1044 du Code Napoléon, et qu'il n'y a pas de substitution fidéicommissaire réciproque (ou du moins que, dans le doute, il est permis de ne l'y pas voir).

On peut même aller jusqu'à dire que, pour lever le doute, on ne peut pas devant la Cour de cassation se servir des faits extrinsèques, de l'âge et de l'état de santé du testateur au temps de l'acte, qui devaient lui faire penser que la condition et l'accroissement n'arriveraient pas pendant sa vie; car ce n'est pas

dans les faits extérieurs, c'est dans le testament même qu'il faut trouver le fidéicommis.

26. Mais ce n'est pas une raison suffisante pour en conclure que si les termes du testament démontrent que la volonté du testateur a été que l'accroissement dût avoir lieu *après que les légataires auraient recueilli*, la disposition ne contînt pas une substitution fidéicommissaire. Selon nous, ce serait violer l'article 896 et lui soustraire une de ses applications les plus fréquentes. Qui pourrait croire, en effet, que la Cour de cassation aurait décidé de la même manière, si le sieur Decherf eût écrit qu'après que ses trois légataires auraient recueilli leurs legs, la portion de celui qui, en mourant, resterait sans enfants, appartiendrait aux deux autres, le prémourant n'ayant eu que l'usufruit pour ledit cas? ou si, dans l'affaire Marlot, madame Siméon avait exprimé qu'il y aurait accroissement au profit des neveux survivants de la portion d'un neveu ou nièce mourant sans enfant après elle et après avoir recueilli?

27. M. Rolland de Villargue a professé pourtant l'opinion contraire : « Quand les dispositions, dit-il (*Des substitutions » prohibées*, n° 260, p. 317, 3e édition), qui expriment le droit » d'accroissement au profit du survivant de plusieurs colégataires » ne pourraient valoir à ce titre, parce que le survivant n'y était » appelé à recueillir la portion des prémourants qu'après que » ceux-ci l'auraient recueillie; dans ce cas, il se présente un » moyen de valider les dispositions faites par le testateur: c'est » de considérer la clause d'accroissement comme non écrite, » aux termes de l'article 900 du Code civil. »

28. Ce mode de procéder est trop commode. L'article 896 dit que la substitution est une condition irritante de l'institution ou disposition principale. Or il est évident que, dans le legs que je fais à Pierre et à Paul conjointement, en ordonnant l'accroissement de la portion de l'un au profit de l'autre pour le cas où tous deux ayant recueilli, l'un décédera après moi, mais avant l'autre, il y a nécessairement substitution réciproque, c'est-à-dire double institution dans la part de chacun, affectée de chaque côté d'une substitution. Pierre et Paul sont à la fois et respectivement grevés dans leur portion en cas de prédécès, et appelés à la portion de l'autre sous la condition de lui survivre. Comment prétendre, s'il y a double substitution affectant chacune l'institution de l'autre, que cette substitution peut être

réduite au rôle de condition *non écrite*, quand la substitution prohibée est irritante aux termes de l'article 896? Ne serait-il pas par trop bizarre que les substitutions bilatérales fussent plus innocentes que les substitutions unilatérales?

29. M. Rolland de Villargue a développé la même pensée n° 128, p. 179. Il demande de l'indulgence pour le testateur qui n'aurait pas su ou qui aurait oublié qu'on ne peut pas ordonner l'accroissement pour le temps qui suit l'adition de l'hérédité ou l'acceptation du legs. — Cette raison n'en est pas une, puisque, dans toutes les autres substitutions, le testateur peut n'avoir pas su ou avoir oublié que les substitutions annulent l'institution. Voy. d'ailleurs notre n° 20.

30. Ce regrettable magistrat argumentait enfin de ce que la jurisprudence de la Cour de cassation a refusé de voir une substitution dans le droit de retour imposé par le donateur à son profit et au profit d'un de ses enfants dans un contrat de mariage (*arrêt du 3 juin* 1823, aff. Saint-Arroman).

Ce qu'il y a de singulier, c'est que dans le même ouvrage, n°s 296 et suiv., p. 441, il critique vivement cet arrêt pour démontrer qu'il y avait substitution dans l'arrêt attaqué. Or, s'il a pensé que la Cour de cassation s'écartait des principes, en déclarant que l'extension du droit de retour aux enfants du donateur par acte entre-vifs n'était pas une substitution prohibée, et ne présentait qu'une condition exubérante et réputée non écrite, on peut s'étonner à bon droit qu'il ait présenté comme un argument en faveur de sa thèse sur l'accroissement un arrêt qu'il combattait.

En principe, c'est avec raison que la Cour de cassation n'a pas assimilé aux substitutions l'extension à la famille du droit de retour au donateur, et qu'elle n'a vu dans l'excès qu'une condition contraire à l'article 951, ne produisant nul effet et ne pouvant annuler la donation faite par le contrat de mariage.

Dans notre ancien usage, on ne confondait pas le retour au donateur ou à sa famille avec les substitutions fidéicommissaires.

Malgré les ressemblances entre le droit de retour ou de réversion et la substitution fidéicommissaire, il y avait une idée différentielle entre l'un et l'autre. La substitution avait effet pendant les transmissions successives dans la famille du donataire; le droit de retour avait lieu à la défaillance des appelés,

et, loin d'être regardé comme une substitution par sa nature, était le terme des substitutions.

Aussi les législateurs de 1792 n'ont pas compris le droit de retour dans l'abolition générale qu'ils ont faite des substitutions.

La preuve en est dans l'article 74 de la loi du 17 nivôse an II, qui, depuis cette abolition, a maintenu *le retour conventionnel* même pour l'avenir.

Ainsi la loi abolitive des substitutions n'a aboli que ce que l'on appelait substitutions fidéicommissaires sous l'ancien droit, et non pas les stipulations qui, malgré quelques points de ressemblance avec les substitutions, offraient des marques caractéristiques de différence.

Quand le Code civil est venu, l'article 896 a réitéré la prohibition des substitutions : donc il a ainsi prohibé ce qui était regardé comme substitutions fidéicommissaires sous l'ancien droit. L'article 896 n'a donc pas plus prohibé le droit de retour au donateur et à sa famille que la loi de 1792. Donc, en s'occupant des substitutions, il n'a pas réglementé le droit de retour que les lois précédentes ne comprenaient pas sous la dénomination générique de substitutions.

Ce droit de retour conventionnel a été réglementé et réduit au donateur SEUL par l'article 951 du Code Napoléon.

Quand il est étendu au delà, cette extension à la famille ou aux enfants du donateur est à la vérité une condition contraire à l'article 951; mais comme elle n'a pas été regardée comme une substitution, on ne peut lui attribuer la force irritante des substitutions : l'extension de la clause de retour est une condition nulle en soi, réputée non écrite, qui n'oblige ni les héritiers collatéraux du donataire, ni les tiers acquéreurs à rendre les biens à la famille du donateur, mais qui n'annule pas la donation.

Ce que nous venons de dire du droit de retour exagéré, le peut-on dire de l'accroissement réciproque entre deux légataires, au décès de l'un d'eux, après qu'ils auront chacun recueilli la succession à eux léguée conjointement?

Non, certes; et voici pourquoi :

Le droit de retour, exagéré ou non, n'était pas compris dans notre ancien usage sous le non générique de substitution. Au contraire, l'accroissement réciproquement imposé par le testateur à deux légataires conjoints, après qu'ils auraient recueilli,

était formellement placé par l'usage au rang des *substitutions*, sous le nom spécial de *substitution* fidéicommissaire *réciproque*. Donc, aussitôt que les lois de 1792 ont eu aboli les substitutions, les substitutions fidéicommissaires réciproques ont été abolies aussi bien que les substitutions simples; donc, dès 1792, les deux institués dans la même hérédité, substitués l'un à l'autre dans leurs parts respectives au décès du prémourant, sont devenus chacun propriétaire incommutable de sa portion, et cette portion, libérée pour chacun de toute prétention de l'appelé; donc, l'article 896 du Code Napoléon, en renouvelant la prohibition des substitutions dans le même esprit que les lois de 1792, a, comme les lois de 1792, prohibé les substitutions fidéicommissaires réciproques; donc le § 2 du même article a annulé les deux institutions réciproquement frappées de substitution fidéicommissaire au profit de chacun des légataires conjoints, puisque chacun est, moralement et par la volonté du testateur, chargé de conserver et de rendre à l'autre la portion même qu'il a recueillie.

Donc il n'y a aucune raison pour traiter cette double substitution comme une condition non écrite.

C'est justement *l'accroissement fidéicommissaire*, au lieu de *l'accroissement héréditaire*, qui caractérise la substitution fidéicommissaire réciproque : *Quum proponas filios testamento scriptos heredes, rogatos esse ut, qui primus rebus humanis eximeretur, alteri portionem hereditatis restitueret*..... L. 16, C., *De pactis*.

La doctrine de ceux qui veulent maintenir les dispositions affectées de substitutions réciproques, en les considérant comme conditions réputées non écrites, ne repose donc sur aucune base solide : ce sont des substitutions fidéicommissaires; elles sont donc nulles et annulatrices des deux dispositions principales qu'elles affectent.

31. Quant à ces mots de l'arrêt du 10 janvier 1821 (*V.* ci-dessus n° 24) « la clause du testament ne porte pas expressément la condition de conserver et de rendre, » la pensée de la Cour nous paraît avoir été que si Bonnet Maret avait imposé à ses neveux, en termes formels, la condition de conserver et de rendre, il eût été impossible de supposer que, dans la pensée du testateur, il se fût agi de faits qui se passeraient pendant sa vie, et qu'ainsi il n'aurait pas été possible, dans ce cas, de ré-

soudre la clause par la vulgaire, quand les termes seraient évidemment fidéicommissaires : cette circonstance, dit l'arrêt, aurait ôté le choix aux juges.

Mais conclure de là que s'il se trouve une rédaction de testament dans laquelle la substitution réciproque et fidéicommissaire soit évidente, de sorte que la part de l'un ne puisse échoir à l'autre et accroître à sa part, d'après les termes du testament, qu'après qu'ils auront tous les deux recueilli, c'est aller plus loin que n'a été en doctrine l'arrêt du 10 janvier 1821 et ce serait fausser la loi des substitutions. Quand je lègue à deux parents, pour *qu'après qu'ils auront reçu*, la part du prémourant appartienne à l'autre par accroissement, réversibilité, dévolution ou tout autre terme inexact dont il me plaira de me servir pour cacher ma substitution, chacun des légataires *n'en sera pas moins tenu* ou chargé de conserver et de rendre; il en sera chargé ou tenu moralement tout aussi bien que dans cette substitution simple : « Je lègue une maison à *Pierre*, et après qu'il » l'aura recueillie, elle reviendra à Paul, s'il survit à Pierre. » — Il n'y aucune raison de différence, et les tribunaux n'auraient jamais de substitutions ni simples ni réciproques à annuler s'il fallait que la charge de conserver et de rendre y fût textuellement exprimée.

32. Nous accordons, il est vrai, que souvent les substitutions réciproques s'expliqueront par la vulgaire, dans l'interprétation ; mais nous soutenons que quand il résultera bien du texte du testament qu'elles n'ont été écrites que pour avoir lieu après le décès du testateur et l'acceptation des legs, alors elles doivent être annulées et annuler les dispositions principales comme toutes les substitutions fidéicommissaires.

Il m'a paru même que cette opinion est indiquée dans le *Commentaire des donations et testaments* de M. Troplong.

Cet illustre auteur examine les difficultés d'interprétation de la substitution compendieuse, si et quand elle doit s'expliquer par la directe ou par la fidéicommissaire. Il parle d'abord de la compendieuse simple (n° 121). Dans les n°s 122 et 123, il pose deux exemples de substitution réciproque, et conclut qu'elle est permise quand on peut l'entendre du décès de l'un des deux légataires *advenant pendant la vie du testateur*, parce qu'alors elle s'explique seulement par la vulgaire. Mais, dit-il, n° 124, *s'il résultait clairement des expressions employées par le testateur*

qu'il a voulu faire une substitution vulgaire ET *une substitution fidéicommissaire, quel serait le sort de ce fidéicommis compendieux?...* Et il répond à sa question, que « quand le testateur a » clairement et expressément appelé *Caïus*, soit que *Sempronius* » décède avant d'avoir recueilli, soit qu'il décède après avoir » recueilli, alors IL EST INUTILE DE DIRE que le testateur n'est pas » présumé avoir voulu violer la loi; au contraire, sa volonté de » faire une substitution fidéicommissaire résulte nécessairement » de la disposition et détruit toutes les présomptions; et si Sem- » pronius existe encore à l'ouverture du testament *et vient à re-* » *cueillir*, nous tombons dans le cas d'un fidéicommis prohibé, » et il ne sera pas permis de laisser subsister la disposition, » *tant à l'égard* de Caïus *qu'à l'égard* de Sempronius, sans vio- » ler l'art. 896. » SIC ILLE.

C'est après avoir posé ces principes et les tempéraments dont ils sont susceptibles, qu'il a écrit n° 126 : « QUELQUEFOIS la disposition testamentaire, en se présentant sous l'aspect d'une substitution, ne renferme au fond qu'un droit d'accroissement. C'est au jurisconsulte à voir quelle a été la véritable intention du disposant. »

Certes, c'est, à nos yeux, subordonner ces dispositions à la règle qu'il pose n° 124, et, tout en les validant quand on peut les expliquer par la vulgaire, les condamner quand il résulte clairement des expressions employées par le testateur qu'il a voulu faire à la fois une substitution vulgaire et une substitution fidéicommissaire; et surtout quand il aura voulu que l'accroissement n'eût lieu qu'après son décès, et qu'ainsi il n'aura eu en vue que la fidéicommissaire.

D'ailleurs, ce mot QUELQUEFOIS prouve bien que M. Troplong pense que SOUVENT la forme d'accroissement cache une substitution prohibée, et, puisqu'il en appelle à la sagacité du jurisconsulte, il dit assez qu'il y a lieu de distinguer suivant les espèces, et qu'il craindrait d'établir une règle générale. Nous devons aussi, pour mettre les jeunes avocats en garde contre une inexactitude, faire remarquer qu'en ce n° 126, des parties essentielles ont échappé au copiste que l'auteur a chargé d'y transcrire les deux arrêts *Marlot* CONTRE *Doulcet;* nous avons rétabli ces passages dans la citation que nous avons faite ci-dessus de ces deux arrêts. COIN-DELISLE.

DE LA LETTRE DES LOIS,

OU DE LA RÉDACTION ET DE LA CODIFICATION RATIONNELLES DES LOIS.

Par M. Gustave Rousset, ancien magistrat.

INTRODUCTION.

1. Aperçus généraux des embarras de la législation.
2. Nécessité d'une révision des lois en vue d'une codification nouvelle.
3. Insuffisance des mesures proposées.
4. Confection d'un *Digeste perpétuel* et *progressif*.
5. But et division de cette étude.

1. Dans l'école, au palais, dans les livres, on fait à notre législation un double reproche : — la multiplicité et le *classement* sans méthode des lois ont abouti à un désordre inextricable ; et leur *rédaction* sans règle à une controverse funeste, par l'incertitude ou l'obscurité de leurs dispositions.

Ce double reproche n'est malheureusement que trop fondé.

Nous avons, en effet, une multitude de lois, d'articles et de phrases qui, de près ou de loin, se rattachent à cette partie du *Corpus juris* usuel des praticiens que l'on nomme Les Codes de l'Empire français.

Ces lois, ces articles, ces phrases composés pour la plupart, comme on dit, à bâtons rompus, rassemblés sans unité ni règle pratique, présentent parfois des disparates, des anomalies et des vices d'expression qui ne s'expliquent pas toujours par le mode défectueux, les tendances opposées ou les nécessités politiques de leur confection précipitée [1].

Aussi nombreux que mal coordonnés, heurtant d'inconciliables ou d'inutiles prescriptions qui se commentent sans s'expliquer, se contredisent sans s'abroger et s'abrogent sans se suppléer, nos trente-six ou cinquante-six Codes [2] offrent, en outre, des antinomies dangereuses, des homœonomies inexplicables et des textes amphibologiques sur l'indécise portée des-

[1] Ceci s'applique aux modes de discussion et de confection des lois sous le régime représentatif parlementaire, mais ce ne sont point là les seules causes de leurs vices de rédaction. — V. *infrà*, ch. 3.

[2] Il se vend encore en librairie des recueils incomplets de nos lois usuelles portant ce titre : *Les cinquante-six Codes*, édition de 1855.

quels les plus savants n'osent se prononcer[1]. « Vice profond de l'entassement irréfléchi des lois au gré des prétendues nécessités qui les provoquent, disions-nous, dans une récente publication[2], et vice funeste, car lorsqu'elles cessent d'être une parole entendue de tous, les lois ne sont plus que des hiéroglyphes usés qui entravent la marche des peuples[3]. »

Cet état de chose a des précédents et s'explique : nos Codes ont été trop souvent traversés par des lois de circonstance pour que leur homogénéité n'en ait pas été troublée ; les besoins nouveaux ont créé trop de lois nouvelles pour tenir dans le cadre étroit de la codification impériale ; on comprend, d'ailleurs, que les événements politiques qui légiféraient au jour le jour, que les amendements improvisés par les agitations passionnées de nos assemblées parlementaires n'aient pas toujours écouté les indications de la logique dans la rédaction des règles qu'ils imposaient à l'avenir[4]. — Quoi qu'il en soit, le mal existe, il est grave, et, bien qu'on puisse entrevoir ses causes principales, on peut affirmer sans crainte qu'elles sont loin d'être toutes connues.

2. Le mal existe et il est grand ; mais, si grand qu'il soit, il peut grandir encore, et tous, magistrats, professeurs, publicistes, s'accordent à reconnaître l'urgence d'un remaniement général et d'un classement plus méthodique de notre législation pour arrêter les progrès de son désordre et de son obscurité.

[1] La codification impériale de 1804 à 1810 n'avait pu être que partielle.— Mais ses bienfaits furent si incontestables qu'ils avaient suggéré au gouvernement, en 1813 et 1820, l'idée de continuer la simplification de la législation par un classement méthodique des parties non codifiées : « Combien de » parties sont encore à débrouiller ! s'écriait à ce sujet M. Dupin dès 1817, » que de lois sages tombées en oubli ! que de lois folles sont restées en évi» dence ! et dans ce mélange confus de lois qui nous régissent encore et de » lois qui nous ont désolés, *que de peines, que de recherches ne faut-il pas* » *pour discerner ce qui est en usage de ce qui semble abrogé !....* C'est donc » une bonne idée que de faire composer un recueil qui n'aurait renfermé que » les dispositions usuelles et en vigueur. » (*Lois sur lois*, préf., p. XI.)

[2] Préface de notre *Code annoté de la presse.*

[3] « Lorsque les lois ne sont plus une lanterne qui éclaire notre marche, » elles sont un filet qui embarrasse nos pieds, » dit le chancelier Bacon dans ses *Aphorismes sur la justice*, aph. 52.

[4] Nous reviendrons plus loin, et suivant l'ordre du développement des idées, sur les causes particulières et générales de l'augmentation des lois et de leur obscurité. V. *infrà*, ch. 3.

Bien qu'il soit inutile d'insister sur les dangers[1] qu'entraînent les législations confuses et pléthoriques, si je puis m'exprimer ainsi, qu'on me permette de rapporter néanmoins à ce sujet, comme autorité et enseignement des mesures à prendre, les sages paroles de Henri III, *Roy de France* et *de Poloigne*, lors de la publication du Code rédigé par le savant président Barnabé Brisson[2].

« Comme *le souverain et plus asseuré moyen de manutention de* » *l'Estat, repos et tranquillité publique et conservation d'un chas-* » *cun en son droit et debvoir et office* soit le bon ordre et police » procédant des bonnes et sainctes lois, édicts et ordonnances » par la *facile intelligence* et *certitude* desquelles provient la » prompte et volontaire exécution d'icelles : qui fait que toutes » choses sont continuées et augmentées dans leur intégrité et » splendeur : *il n'y a aussi au contraire rien de plus pernicieux* » *et dommageable à un estat, et qui cause plus d'involutions,* » *troubles et subversions de toutes choses, que la confusion et in-* » *certitude desdites lois, édicts et ordonnances.* — Ce que les » gens des trois Estats de nostre royaume dernièrement assem- » blés en notre ville de Blois, cognoissants et les désordres » maux et ruines qui en adviennent, nous auraient remontré et » sur ce instamment « *requis et supplié d'y pourvoir, et pour cet* » *effet faire revoir les ordonnances faictes par les Roys nos pré-* » *décesseurs, aulcunes desquelles ont esté révoquées et abrogées* » *et les autres ne s'observent,* » et à la publication d'aulcunes en

[1] Le chancelier sir François Bacon les énumérait de la manière suivante dans un mémoire adressé à Jacques Ier sur les moyens de réformer les anciens statuts et de réviser la législation : « Ces lois sont sujettes à de grandes » incertitudes, à de grandes variétés d'opinion, et dans leur exécution elles » entraînent de grands frais et sont souvent éludées; de là : 1° des procès » très-multipliés et très-longs; 2° de grandes facilités données à la chicane, » les honnêtes gens harassés et opprimés par les moyens mêmes qui devaient » les secourir; 3° le juge est trop absolu, il a dans les cas douteux une lati- » tude fort étendue et fort dangereuse; 4° les tribunaux sont surchargés; » 5° toutes ces ambiguïtés de la loi causent l'ignorance de la loi et servent à » la couvrir; 6° toutes les sécurités deviennent hypothétiques et creuses par » l'obscurité de la loi. »

[2] Sur la vie et les travaux du célèbre président Brisson, on ne lira pas sans intérêt un article remarquable de M. le Président Nicias-Gaillard, publié dans cette *Revue* en 1854, p. 45 et suiv., ainsi qu'un article de M. Jules Minier, professeur suppléant à l'École de droit de Toulouse, publié sur le Code Henri III, dans la même *Revue*, année 1855, p. 308 et suiv.

» nos cours souveraines ont esté adjoustées certaines modifica-
» tions contenues en leurs registres incogneues à nos subjects.
» — Au moyen de quoy aurions des lors adviser de commettre
» certains personnages pour *recueillir et arrester lesdites ordon-*
» *nances, et réduire en bon ordre en un volume, celles qui se*
» *trouveraient utiles et nécessaires* en suyvant ce continuant au-
» dict soin et sollicitude qu'avons de faire vivre nos subjects en
» asseurée et certaine paix et repos soubs l'authorité de nos édicts
» et ordonnances, et *en retranchant la multitude d'iceux et oster*
» *la confusion qui y est, estant réduite à bon et certain ordre*,
» pour l'asseurance qu'avons eue de la doctrine et intelligence
» ex bonnes lois et l'expérience qu'avons de la fidélité envers
» nous, suffisance, probité, bon et indéfatigable zèle envers le
» public de notre amé et féal conseiller en nos conseils d'Estat
» et privé Messire Barnabé Brisson, président en nostre court
» de parlement à Paris, nous luy aurions commis ce grand la-
» beur et charge.... etc. [1] »

Que dirait-on de plus aujourd'hui en présence de la nouvelle *incertitude* de nos lois et des difficultés judiciaires? — Pourrait-on mieux vouloir et surtout mieux faire *pour oster la confusion qui y est et réduire en bon et certain ordre en un volume celles qui se trouveraient utiles et nécessaires?* — Qui en doute? Encore le chaos, mais aussi encore des penseurs, des savants et César pour ordonner la lumière, car lorsqu'il est donné de voir, à un demi-siècle de distance, un Napoléon en recommencer un autre, *in nepote redivivus*, on n'hésite pas à prévoir un Code nouveau qui, sur des bases agrandies, réédifiera plus monumental encore le chef-d'œuvre amélioré de la science du droit. — Ce sera le Code d'Auguste.

3. D'accord sur la gravité d'une situation qui trouble la sécurité des relations sociales; — d'accord aussi sur la nécessité d'y pourvoir par des remèdes énergiques; — d'accord même sur une partie des procédés qui doivent en réaliser le succès; nous appellerons l'attention sur une cause un peu méconnue, pour ne pas dire ignorée, de cet état de chose, et dussions-nous nous en exagérer l'importance, nous contesterons l'efficacité d'une *simple Re-codification* législative, avant d'avoir soumis à une *rédaction rationnelle* chacun des textes de nos lois.

[1] Extrait des lettres de priviléges accordées à l'imprimeur.

En présence d'un malaise social, le pressentiment, la divination intuitive de quelques-unes de ses causes et des mesures à prendre pour y faire face, n'est pas une garantie de leur efficacité absolue; car lorsqu'à des degrés divers plusieurs abus concourent à produire des effets funestes, il faut sur tous les points en attaquer le principe, sinon on court le risque de les réduire sans les supprimer.

C'est donc à l'étude attentive des imperfections de nos lois qu'il faut dans leur ensemble et dans leurs détails consacrer les efforts d'une observation soutenue et prudente, afin de ne pas éloigner par des demi-moyens les bienfaits attendus des améliorations possibles.

Rendons en conséquence justice aux bonnes intentions qui préparent le bien, mais reconnaissons aussi combien la timidité et l'inefficacité des mesures qu'elles proposent peut en compromettre le succès.

Si loin, en effet, que le désir du mieux aille dans la voie des améliorations prochaines, que demande-t-on? — de réunir dans des Codes les dispositions éparses au *Bulletin des lois*, de concilier celles qui sont contradictoires, d'effacer les inutiles et de mettre ainsi une apparence d'ordre dans l'inextricable chaos.— On se borne à demander *un jour de souffrance* au lieu de réclamer la lumière féconde *du grand jour*, et résigné d'avance au mal prétendu nécessaire de l'augmentation du volume des lois, on n'entrevoit que la confection d'un *nouveau Digeste* pour remède à l'embarras judiciaire et législatif.

Demi-mesure! — Il faut le dire à tous et partout; mesure insuffisante pour le présent et funeste pour l'avenir, car le désordre dont vous voulez ainsi sortir, le temps, par les mêmes abus, se prépare à l'aggraver encore! On ajourne l'inondation lorsqu'on n'en proscrit pas toutes les causes! — Épurez donc à la source le torrent législatif, dépouillez son cours des scories qui élèveraient son lit au-dessus de ses rives et de vos digues, resserrez entre des règles plus précises les libertés de la rédaction et de la classification des lois; supprimez par là le principe du mal ou renoncez à le combattre.

4. Mais, dira-t-on, l'augmentation des lois est chose inévitable, à quelque époque qu'elle intervienne; la codification ne peut jamais être le dernier mot de la perfection législative ni le terme de ses progrès; la prévoyance humaine a des bornes, et

les Codes d'une génération seront toujours débordés par les améliorations d'une génération nouvelle; or, puisqu'on ne peut enchaîner l'avenir à l'airain d'une lettre immuable, il est sage de se résigner et de n'exiger des législateurs que les bienfaits temporaires d'une codification momentanée.

Une école plus radicale répondrait ici : à quoi bon vos Codes d'un jour dans la vie des peuples? Pourquoi embarrasser de leur insuffisance les libres allures de la civilisation? Laissez à la coutume et à l'équité, ces législateurs séculaires dont vous n'êtes, après coup, que les interprètes toujours arriérés, le soin de diriger la marche providentielle des nations! Nous examinerons plus loin les objections de l'*École historique* allemande; qu'il nous suffise de reconnaître ici que la confection d'un *simple Digeste* ne serait qu'un palliatif inefficace; il ne s'agit plus de recommencer Justinien et les glossateurs, mais de préparer les bases *d'un Digeste perpétuel* et d'entreprendre un Code *progressif* que l'avenir continuera.

Ce n'est pas tout, en effet, que de classer à nouveau les lois par ordre de matière ou par ordre alphabétique, de supprimer *les vieilles fables*[1], suivant l'expression des Institutes; d'abolir les antinomies, ainsi que les dispositions inutiles ou dangereuses; il faut trouver un système de *codification perpétuelle* dont toutes les parties puissent se prêter, sans perturbation de l'ensemble, aux changements successifs que réclameront par la suite les abus, les besoins ou les progrès futurs. — Ce qui ne peut résulter à notre avis que de l'adoption d'une méthode rationnelle pour la rédaction et le classement des lois.

5. Cela posé, — il convient tout d'abord :

1° De procéder à la *révision grammaticale* des textes avant de se livrer à leur *codification*, de purger leur rédaction des vices qui les rendent dangereux ou inutiles;

2° Et, afin de ne pas s'égarer dans l'accomplissement de ce travail préparatoire, de déterminer *les formules rationnelles*, suivant lesquelles, dans chaque ordre de lois, les articles devront *être rédigés* pour répondre aux nécessités d'une classification générale pour le présent et l'avenir.

[1] Ut liceat prima legum cunabula non ab *antiquis fabulis* discere, sed ab imperiale splendore appetere..... nihil inutile, nihil perperam positum..... *Institutes prœmium*, § 2.

Disons de suite que ces *formules*, uniformes dans chaque Code, bien que différentes d'un Code à l'autre, existent, et que leur détermination sera l'objet de cette étude.

Elles existent, et leur application *expérimentale* à la rédaction nouvelle du Code Napoléon sera la démonstration pratique du système que nous proposerons d'admettre pour la *révision* générale des textes, avant de procéder à leur *recodification*.

Simplifier pour codifier, tel doit être le mot d'ordre dans l'exécution; réduire à la plus simple expression d'une *formule type* les textes de même nature, tel me paraît être le problème préalable à résoudre pour arriver à l'élaboration du *Digeste perpétuel* dont les Codes de 1804 à 1810 n'ont été, il faut l'avouer, que les assises provisoires et improvisées.

Utopie! utopie! soit. L'utopie de la pierre philosophale a donné la chimie, et celle de Christophe Colomb un monde; — nous sommes moins ambitieux; mais si notre conviction s'égare, ce n'aura été, du moins, qu'à la poursuite d'un problème dont la solution intéresse « *La manutention de l'Estat, le repos et la tranquillité publique, la conservation de chascun dans son droict, debvoir et office* [1], » et l'importance seule d'un tel but est bien de nature à nous consoler d'avance de l'insuccès de nos efforts.

Cette étude se divisera en trois parties :

1° Dans *la partie critique*, nous examinerons les caractères et les causes du désordre de la législation et de la jurisprudence, ainsi que l'insuffisance des mesures prises pour y obvier.

2° La *partie démonstrative* sera consacrée à la recherche et à l'exposition des règles rationnelles d'après lesquelles les lois devront être rédigées et codifiées.

3° Enfin, nous appliquerons au Code Napoléon, dans la *partie expérimentale*, la méthode et les formules rationnelles qui auront fait l'objet de la seconde partie.

[1] V. ci-dessus, p. 326, l'extrait des lettres de priviléges du Code Henri III.

CHAPITRE Ier.

DE L'IMPERFECTION ET DE LA PERFECTIBILITÉ DES LOIS EN GÉNÉRAL.

1. La nécessité d'une révision et d'une refonte générale de la législation est reconnue; on n'est plus divisé que sur la nature et l'application des moyens.
2. Objections préjudicielles tirées du danger des innovations, de l'excellence du Code Napoléon, etc., etc.
3. De l'imperfection des lois et de leur amélioration progressive. — Le progrès est la loi des choses humaines. — Opinion de Filangieri, de Marcadé, et de M. Odilon Barrot.
4. Le Code Napoléon est un chef-d'œuvre susceptible d'améliorations dans le fond et dans la forme. — Modifications qu'il a subies.
5. Imperfections et vices particuliers du Code Napoléon relevés par les auteurs.....
6. L'imperfection du Code Napoléon démontrée par la statistique.
7. L'imperfection du Code reconnue par ses auteurs mêmes.
8. Les Codes de procédure civile, de commerce, d'instruction criminelle, pénal, forestier, etc., etc., ne sont pas plus parfaits que le Code Napoléon.
9. Opinion de Napoléon et des publicistes sur la révision et le remaniement général de la législation codifiée.

1. Lorsqu'une législation offre ce spectacle étrange et pénible des lois trop souvent livrées aux disputes d'elles-mêmes, et plus souvent encore aux hasards ou aux subtilités des discussions judiciaires;

Lorsqu'au milieu d'une lettre indécise, sa pensée n'apparaît que comme un fantôme incompris ou méconnu, *ludibria ventis*;

Lorsque sa portée, dont le but a été parfois déplacé ou brisé par le triomphe des partis, n'est plus qu'un geste donnant sur le vide sans force et sans autorité;

Lorsqu'à côté de Codes estimés viennent se grouper sans ordre « des lois sans unité dans leur ensemble, sans clarté dans » leur rédaction, sans efficacité dans leurs moyens, sans pré- » voyance dans leur but[1]; »

Lorsque le *Bulletin* où sont pêle-mêle engouffrées ces lois incorrectes, inutiles et indisciplinées, n'est plus, suivant l'expression de M. de Cormenin, « qu'un arsenal insondé qui fournit des armes à tous les intérêts, à tous les partis, à tous les sophismes[2]; »

Lorsqu'enfin, au milieu de cette division et de cette confusion,

[1-2] *Droit administratif*, par M. de Cormenin, introduction à la 5e édition, p. XXVI.

la jurisprudence, élevant trop haut l'arbitraire de ses décisions, se subroge au législateur et se fait règle, et que l'on peut presque dire de la loi *qu'elle règne* et *ne gouverne plus*[1];

Il faudrait être alors bien aveugle, bien prévenu ou systématiquement bien optimiste pour nier les dangers d'une pareille anarchie et l'opportunité d'une utile réforme[2].

[1] « Il est une partie de nos institutions, dit M. Labadens, avocat à la Cour » impériale de Paris, dans un article publié par cette *Revue* sous le titre de » *Codification générale des lois françaises*, 1855, p. 354, qui du moins, sous » le rapport de l'ordre ou de la méthode, demeure à l'état primitif et informe : » c'est la législation qui n'a pas été comprise dans les Codes. Disséminée dans » le *Bulletin des lois*, enfouie sous des textes que le temps, les révolutions » et les travaux successifs du législateur ont frappé d'abrogation, elle se dé» robe non-seulement à une étude méthodique, mais aussi aux investiga» tions que réclament tous les jours les nécessités de la pratique. Le mal est » si profond, sous ce rapport, que plus d'une fois on a vu des magistrats, » d'ailleurs très-éclairés et très-consciencieux, rendre *des décisions directe» ment* contraires à des dispositions positives qu'ils n'avaient pu trouver au » milieu des lois non codifiées. »

Ces lois non codifiées sont en très-grand nombre, et l'on pourrait à plus d'un titre leur donner le nom qu'ont reçu les *réponses des papes* publiées par Jean XXII, et qui, pour avoir été longtemps dispersées en dehors du droit canon et du recueil du moine Gratien, avaient été appelées extravagantes, *extra-vagantes*.

« Il s'en faut bien d'ailleurs, ajoute M. Labadens, que les recherches pour » donner toute sécurité à celui qui s'y livre, doivent se borner au *Bulletin* » *des lois;* un très-grand nombre de matières, on le sait, sont réglées en to» talité ou en partie par d'anciennes ordonnances ou d'anciens règlements » qui sont loin de se trouver dans toutes les bibliothèques, et qui peut-être » n'ont jamais pénétré dans certains chefs-lieux d'arrondissement : ainsi l'or» donnance de la marine, du mois d'août 1681, est encore en vigueur; — » l'arrêt du conseil du 28 février 1723 régit encore sur quelques points la » librairie et l'imprimerie; — la profession d'agent de change est soumise à » l'arrêt du conseil du 24 septembre 1724; — c'est dans le règlement de 1738 » que se trouvent les règles de la procédure suivie devant la Cour de cassa» tion; — le privilége de la petite poste, à Paris, se fonde sur la déclaration » du 8 juillet 1759. — Il serait superflu de pousser plus loin cette énuméra» tion, qu'on ne pourrait d'ailleurs rendre complète sans dépasser les limites » dans lesquelles nous devons nous renfermer. »

[2] L'embarras et la confusion de la législation extra-codale avait, dès 1813, préoccupé le gouvernement à tel point qu'on avait, à cette époque, conçu le projet de faire composer, suivant le plan tracé par le conseil d'État, « un » recueil qui, sous le nom d'*Extrait* ou *Abrégé du Bulletin des lois*, ne ren» fermerait que les dispositions réputées en vigueur et d'une application » usuelle, rangées par ordre de matières, dans leur correspondance avec les » diverses branches d'administration publique. » (Avis du conseil d'État, du 7 janvier 1813.) — M. Dupin, chargé du matériel de ce travail en qualité de

On est à peu près d'accord sur ces deux points[1].

Mais si tout le monde est d'accord sur la nécessité d'une *refonte générale*[2] de la législation, on ne l'est pas également sur la nature des moyens qu'elle exige; la diversité des points de vue divise les opinions; chacun propose son système, et rencontre dès lors pour adversaire les émules du but commun.

Si nous n'avons pas à cet égard la prétention d'être plus heureux et d'échapper à la contradiction, qu'il nous soit du moins permis d'espérer de n'avoir pas pour adversaires les partisans des divers systèmes de *recodification*, puisque nos idées n'ayant à cet égard rien de bien exclusif se concilieront forcément avec toutes les méthodes; mais nous rencontrerons inévitablement, comme eux et en première ligne, l'inertie des idées reçues, l'opposition de certains préjugés, et surtout les objections préjudicielles des esprits timides qu'effrayerait d'avance l'application expérimentale de nos formules à la révision du Code Napoléon.

rapporteur, écrivait en 1817 dans l'introduction de son livre des *Lois sur les lois*, que différentes notes furent à cette époque adressées au chancelier dans le but de faire ressortir les avantages du projet: « Pourquoi, disait-on, ne » pas *reviser* et *classer* les lois rendues depuis 1789 à 1814, lorsque l'utilité » d'un tel travail est *généralement sentie, universellement désirée;* lorsqu'en» fin il n'en coûterait rien au gouvernement? La restauration même est un » motif de plus pour donner suite à ce projet, puisqu'elle appelle aux places » des hommes qui, restés étrangers à la révolution, en connaissent bien » moins les lois que ceux qui sont nés pour ainsi dire au milieu d'elle..... » (P. II.) — Ce qui était *vrai, généralement senti, universellement désiré* en 1817, serait-il indifférent et inutile en 1856?

[1] « Ajoutons, dit M. Labadens dans l'article déjà cité, que chaque année, » en augmentant le nombre des lois non classées, vient aggraver l'embarras » des légistes, en ce qu'elle rend leurs investigations plus laborieuses et » plus incertaines. Aussi l'*utilité* de *refondre notre législation* ne semble» t-elle pouvoir être sérieusement contestée par personne. » (*Revue de législ.*, 1855, p. 355.) — On peut à cet égard se demander ce que sera la législation française dans un siècle, si l'on n'y prend pas garde et si l'on continue à faire tous les jours des lois nouvelles suivant la méthode adoptée? Ce sera à ne plus s'y reconnaître.

[2] Expression de la Cour de cassation à propos d'un projet de loi sur les prisons qui avait été soumis à ses observations en 1846. V. *infrà*, note, la partie du rapport de M. Raynouard d'où ces paroles sont extraites; l'honorable conseiller se posant la question de savoir s'il valait mieux procéder à l'amélioration de la législation pénale par des lois partielles plus ou moins bien ajustées, que par une refonte générale, se prononce pour ce dernier parti.

2. Ils reconnaîtront que la rédaction un peu négligée des lois est bien, il est vrai, pour sa bonne part, l'une des causes de l'anarchie judiciaire et législative; que le défaut de méthode et de clarté dans le classement des détails a peut-être produit des ténèbres dans l'ensemble. Mais ce n'est pas là, diront-ils, une raison suffisante pour porter, *hic* et *nunc*, une main téméraire sur le monument de nos lois civiles; « l'ensemble est si beau qu'il ne faut pas y toucher. Toute œuvre de l'homme a ses imperfections, et puis comment encadrer des changements partiels dans un tout systématique?... On a tant travaillé pour venir à bout d'un si grand ouvrage; recommencera-t-on demain? Les plaintes ne sont que des prétextes, on blâme quelques parties parce que l'on a envie de tout renverser. » Ils ajouteront que, d'ailleurs, à faire une *expérience littéraire*, il serait tout au moins imprudent de choisir le Code le plus estimé, celui dont l'autorité la mieux établie est l'ancre de salut public des intérêts les plus considérables; et que dût-on faire mieux, ce qui est contestable, il est toujours périlleux de toucher aux institutions, même pour les améliorer, car les modifications altèrent toujours plus ou moins le respect qu'on leur doit et la sécurité que leur stabilité seule procure, et qu'il ne faut pas oublier surtout ce sage précepte du célèbre chancelier-philosophe, Bacon : « Que » c'est moins *au style* et à *l'expression* des lois qu'il faut regar- » der qu'à leur *autorité* et *à l'ancienneté* qui les patronne, sans » quoi un pareil Code aurait je ne sais quoi de scolastique qui » leur donnerait plutôt l'air *d'un compendium*, d'une méthode, » que d'un corps de lois intimant des ordres[1]. »

« Et à l'aide de ces arguments qu'ont plus d'une fois enten- » dus[2] ceux qui ont désiré de promptes réformes dans certaines » parties de nos Codes, observe le savant M. Rossi, les erreurs » restent, les abus se perpétuent, et les Codes demeurent intacts » comme ces lourdes masses qu'on respecte parce qu'elles » effrayent de leur poids[3]. »

Nous connaissions l'habileté de nos adversaires et la force de

[1] *De justitia univ. aphorismus*, 62.

[2] Surtout en Angleterre, où le respect traditionnel des anciens statuts est poussé si loin qu'il rend impossible toute tentative de codification générale et de réforme législative. Aussi la législation anglaise est-elle, plus encore que la nôtre, un véritable fouillis.

[3] *Éléments de droit pénal*, éd. de 1856, t. II, p. 385, 386.

leurs objections; elles datent en partie de la discussion du Code civil[1]. — Résumons-les pour mieux les combattre.

Le progrès est une illusion; — les innovations sont dangereuses; — les intérêts généraux ne demandent que le classement des lois éparses et non codifiées; — le Code Napoléon est et sera toujours un immortel chef-d'œuvre.

Et d'abord, que les intérêts dont on vient d'inquiéter bien à tort le repos se rassurent; ils auront plus à s'applaudir qu'à s'affliger des modifications de style qui, substituant partout la clarté à l'incertitude des lois, ajouteront à leur autorité, loin d'en diminuer l'empire. — L'application de nos idées ne changera d'ailleurs rien au fond des choses; c'est une simple affaire d'arrangement et de révision des textes. Nous ne venons pas briser les tables consacrées du grand César du XIXe siècle, puisque l'amélioration de *la lettre* respectera partout *l'esprit* de la loi. — Passons.

3. Quelle que soit en géneral la portée d'une amélioration, on rencontre toujours l'opposition des fanatiques de l'antiquité et des conservateurs du présent, accroupis comme des sphinx au seuil des vieilleries traditionnelles; ils se jettent aveuglément pour défendre ce qui est au devant de tout ce qui doit être. Faut-il rappeler ici ce mot spirituel d'un écrivain à propos d'un de ces esprits pour qui le passé était tout et l'avenir rien : « Quel bruit n'eût-il pas fait le jour de la création? — Il eût crié sans doute : mon Dieu! conservons le chaos! » — Ou renvoyer à Bentham pour réfuter le vieux sophisme usé de la routine : « Rejeter toute innovation, c'est rejeter tout progrès : — dans quel état serions-nous si on eût suivi ce principe jusqu'à présent? Car

[1] Nous ne relèverons pas la futile objection qui nous a été faite, qu'une révision et une rédaction nouvelle des Codes troubleraient les habitudes de mémoire de la magistrature et du barreau, et rendraient inutiles un grand nombre d'ouvrages remarquables estimés de tous, en suite du classement différent des matières et du numéro des articles; si de pareilles considérations avaient pu malheureusement être de quelque poids aux yeux des législateurs de l'an XII, nous n'aurions pas encore les Codes de 1804 à 1810. Les praticiens de l'époque, qui avaient, eux aussi, à oublier les articles des anciennes ordonnances et des coutumes pour en apprendre d'autres, ne manquèrent sans doute pas d'arguments pour s'opposer aux bienfaits de la codification impériale; mais que deviendrait l'avenir des générations si on devait le sacrifier à de tels ménagements, et si des questions de livres et de bibliothèques pouvaient balancer l'amélioration des lois?

enfin ce qui est *établissement* a été *innovation*. Ceux qui approuvent aujourd'hui une loi comme ancienne l'auraient blâmée hier comme nouvelle. » — Reproche d'innovation n'est pas raison [1].

En ne répudiant pas les traditions utiles des ancêtres, pourquoi repousser les richesses que découvre leur postérité? Est-ce que le néant n'était pas fait pour la lumière et l'harmonie, est-ce que le bien n'est pas le degré naturel pour s'élever du mal au mieux? « Le genre humain n'est-il pas cet homme qui ne meurt jamais et qui perfectionne toujours [2]! »

De ce que l'homme est perfectible, ses institutions n'ont forcément qu'une utilité de temps et de relations. — L'incomplet est en général la condition de ses œuvres, et le progrès la loi suprême de ses actes et de ses aspirations. — Il n'y a donc à s'étonner ni des lacunes de la veille ni des prodiges du lendemain : « Car, dit Filangieri, quelque excellente que puisse être » une législation, elle a nécessairement des vices particuliers, » parce que l'imperfection est attachée aux ouvrages des » hommes; mais si le temps nous les fait connaître, ce n'est pas » lui qui les guérit [3]. »

[1] Bentham, *Traité de législation*, p. 40, édit. 1842, t. I, V. dans son livre des sophismes parlementaires la réfutation du sophisme *ad innovationem*. — Voici ce qu'à ce sujet répondait Sir François Bacon dans un mémoire adressé à Jacques Ier sur le moyen de réformer les anciens statuts et consolider la loi commune en revisant la législation : « On objectera contre mon » projet que c'est une innovation, et que toute innovation entraine des dan- » gers au delà de toute prévoyance. — Je réponds à cette objection que tout » remède étant aussi une innovation dans le corps politique, ainsi que dans » le corps humain, un argument qui s'applique à toute espèce de réforme, » un argument qui a toujours pu s'appliquer aux meilleurs projets n'est qu'un » lieu commun qui, seul et par lui-même, ne mérite aucune attention. Mais » le fait est que ma proposition ne renferme rien qui ait le caractère d'inno- » vation dans un sens suspect; les innovations que l'on craint sont celles » qui intéressent les consciences, les possessions, la liberté individuelle; » mais celles-ci, loin de blesser des intérêts particuliers, sont toutes en leur » faveur; loin de leur imposer de nouveaux fardeaux, on les soulage. » D'ailleurs, c'est plutôt une affaire d'arrangement, de simplification, » qu'un changement proprement dit : c'est une simple révision des lois, et il » y a plusieurs exemples de la part des gouvernements que nous regardons » comme des modèles. » — A toutes les époques, les mêmes idées ont rencontré les mêmes contradictions. Mais l'empire reste au progrès.

[2] *Pensées* de Pascal.

[3] Filangieri, *Science de la législation*, liv. I, ch. 8.

La vérité, le bien, le mieux, le bonheur même[1] ne sont donc point dans un rapport incommensurable avec notre énergie et nos efforts; si nous n'allons pas à eux en ligne droite, nous ne gravitons pas non plus envain autour de leurs sublimes mirages dans un *tread mill* sans but et sans cause : il faut savoir les réaliser, en faire le siége et aller à eux par les parallèles que l'expérience trace autour des choses humaines.— Et quant à la substitution des lois nouvelles aux lois anciennes, croyons-en le savant commentateur du Code Napoléon, Marcadé : « Oh! oui, perfectibilité indéfinie, progrès continus, c'est forcé, c'est providentiellement nécessaire, les mœurs changent, il faut que les lois changent aussi. » Et répondons à ceux qui craignent que la mobilité des lois n'altère le respect et la sécurité qu'elles doivent inspirer, ce qu'écrivait M. Odilon-Barrot au sujet du caractère rationnel et temporaire des lois opposé à l'origine divine et immuable que lui attribuait l'antiquité : « La loi en » France est purement civile et temporelle; elle est essentielle- » ment *mobile* et *variable* : quelles seront les conséquences ex- » trêmes de ce grand fait? On ne peut se dissimuler que ce » caractère de *mobilité* et de *variabilité* imprimé à nos législa- » tions modernes, s'il est un élément de progrès et d'améliora- » tions indéfinies, a eu aussi pour résultat inévitable d'affaiblir » le sentiment de respect des peuples pour la loi et de compro- » mettre ainsi le plus puissant des liens sociaux.

» Elle n'est plus cette voix solennelle de Dieu qui se révèle à » Moïse au milieu des éclats du tonnerre, ni cette inspiration » divine que la nymphe Égérie transmet à Numa; nous savons » son origine toute terrestre, nous assistons à sa confection, » nous gémissons sur les passions, les entraînements, les inté- » rêts souvent très-peu louables qui l'ont dictée; après qu'elle » est faite nous avons le droit de la discuter, parce que nous » avons celui d'en provoquer le changement; et cependant cette » loi, que trop souvent notre conscience et notre raison désa- » vouent, il faut lui obéir; il faut être prêt à verser son sang » pour lui assurer la soumission de tous, car il y va de l'exis- » tence même de la société, chacun le sait et le sent, et c'est là

[1] Le but et la mission des législateurs est de procurer à l'homme la plus grande somme de bonheur possible par le développement le plus naturel et le plus moral de toutes ses facultés : *ut feliciùs degeant homines*, dit Bacon.

» la force de nos lois nouvelles, c'est la conscience du besoin » de conservation qui donne à ces lois comme une autre sanc- » tion religieuse.

» Conservons à nos lois « en les améliorant » leur caractère » terrestre et *temporaire;* nous voudrions faire autrement que » nous ne le pourrions pas, on ne remonte pas le cours des » âges; nous le pourrions que nous ne le voudrions pas; *car le » progrès, avec tous les dangers de la mobilité, vaut mieux en- » core que l'immobilité avec tout le calme et toute la sécurité » qu'elle peut donner*, mais que tous les efforts du législateur » tendent à fortifier et à sanctifier pour ainsi dire le respect de » la loi qui a son principe dans l'intérêt de tous et de chacun; » que la confection des lois soit environnée de toutes les formes » et de toute la solennité qui doivent en garantir la sagesse et » la maturité; qu'elle ait pour source la volonté nationale, l'au- » torité la plus sainte après Dieu; qu'elle ne blesse ni la justice, » ni la morale, ni aucun des sentiments intimes qui, dans le » cœur de l'homme, dominent toutes les autres influences: » qu'enfin cette grande fiction, qui fait de la loi la plus haute et » la plus pure expression du droit pris dans son sens le plus » absolu, c'est-à-dire de tout ce qui est bien et bon dans ce » monde, puisse être acceptée par tous les citoyens sans aucune » révolte de leur bon sens ni de leur conscience : à cette condi- » tion la loi sera respectée, quoique purement humaine et tem- » poraire; elle conciliera *les avantages du progrès et de la sta- » bilité;* la liberté et la sociabilité, la volonté et la conscience, » le ciel et la terre seront d'accord [1]. »

En législation, comme en science, il ne convient donc pas de repousser aveuglément et systématiquement les idées nouvelles et moins encore de les accueillir sans réserve, car il n'est que trop vrai que le génie du désordre accompagne parfois le génie des innovations et que bien souvent la pratique a révélé des abîmes sous les pas aventureux des plus séduisantes théories. — Mais point d'exagérations : — Si les conservateurs ont droit contre les fous et les fanatiques, qu'ils s'effacent et laissent passer les réformes dont on justifie d'une manière évidente les bienfaits et l'opportunité.

4. Que reprochons-nous au législateur? que voulons-nous de

[1] *Dictionnaire de la conversation*, v° *Loi*, p. 395.

l'avenir? notre proposition est-elle dangereuse? est-elle même une innovation?

A Dieu ne plaise que ma pensée s'élevant vers le mieux, conçoive des changements dont la patrie ait jamais à gémir! En rêvant des améliorations législatives, mon audace n'a jamais été plus loin que le vêtement de la loi dont on pourrait sans inconvénient corriger les plis et la forme, ce sont les bavures de sa lettre que nous voudrions enlever, ce sont les scories et les inutilités de sa rédaction négligée qu'il s'agirait de faire disparaître en filtrant, pour ainsi dire, ses dispositions incorrectes à travers des formules de précision.

Que le progrès soit la loi des choses humaines, que leur perfection du jour s'efface devant les améliorations futures, encore faut-il, dira-t-on, ne pas précipiter leur avénement, ne pas forcer leur opportunité en exagérant à dessein les vices de la législation dont on veut à tout prix la révision et la refonte.

Le temps n'a pas vieilli le Code Napoléon : — En 1856, comme en 1804, n'est-il pas un chef-d'œuvre, à quoi bon le reviser?

Un chef-d'œuvre de quoi? — de classification, c'est fort contestable [1]; — de rédaction? — Les vives et justes critiques qui lui ont été adressées à ce sujet nous dispenseraient presqu'ici de démonstration et d'insistance [2]; et pourtant, rendons-lui cette justice, oui, le Code Napoléon est encore et sera longtemps un chef-d'œuvre [3], mais il n'est tel que comme raison et libertés écrites, comme charte d'affranchissement des personnes et des propriétés, comme consécration des grandes conquêtes du passé et de la révolution [4], comme résumé pra-

[1] « Malgré les avantages que présente la classification du Code Napoléon » pour l'usage pratique, *on peut*, disent MM. Aubry et Rau sur Zachariæ, » au point de vue de la théorie, *critiquer sous plus d'un rapport l'ordre de » ses matières....* » — V. Bucher sur l'ordre scientifique du Code Napoléon dans les *Archives de Dabelow*, p. v, 1er cahier.

[2] Entre autres celles de Toullier et Marcadé.

[3] « Malgré quelques *taches* qui déparent l'ensemble, d'ailleurs si remar- » quable du Code Napoléon, il restera toujours un sujet d'étonnement pour qui » tiendra compte du court espace de temps dans lequel il a été fait. » Zachariæ, t. I, p. 23 : Le plus bel éloge qu'on puisse en faire d'autre part, c'est l'enthousiasme avec lequel les nations étrangères l'ont accueilli et conservé comme base de leur législation.

[4] Les principes fondamentaux des préceptes du Code Napoléon sont : l'égalité devant la loi; — la séparation du droit civil et son indépendance des idées religieuses; — la protection de la liberté individuelle; — l'inviolabilité

tique de la science, comme portique ouvrant sur une voie nouvelle, oui, le Code de 1804 est un impérissable monument devant les bienfaits et la majesté duquel toute pensée admire et s'incline [1]. — Nous le respectons comme tel.

des propriétés, et la division des fortunes de manière à empêcher que, par des conventions particulières tendant à établir l'inégalité permanente des biens, on ne vienne à compromettre l'égalité devant la loi.

[1] Écoutons à ce sujet l'admirable historien du consulat et de l'empire résumant les attaques qui furent dirigées contre le projet du Code civil à son apparition : « Aujourd'hui que le temps a valu à ce Code l'estime universelle, » on n'imaginerait pas les critiques dont il fut l'objet en 1801. — Les oppo- » sants exprimaient d'abord un grand étonnement de trouver un Code si » simple, si peu nouveau. Comment! ce n'est que cela, disait-on, mais il » n'y a dans ce projet aucune conception nouvelle, aucune grande création » législative qui soit particulière à la société française, qui puisse lui impri- » mer un caractère propre et durable : ce n'est qu'une traduction du droit » romain ou coutumier; on a pris Domat, Pothier, les Institutes de Justi- » nien; on a rédigé en français tout ce qu'ils contiennent; on l'a divisé en ar- » ticles, on a lié ces articles par des numéros, bien plus que par une déduction » logique, et on vient présenter cette compilation à la France comme un » monument qui a droit à son admiration et à ses respects! MM. Benjamin » Constant, Chénier, Guinguené, Andrieux, tous dignes de mieux employer » leur esprit, raillaient les conseillers d'État, disaient que c'étaient des pro- » cureurs conduits par un soldat qui avaient fait cette plate compilation fas- » tueusement appelée le Code civil des Français.

» M. Portalis et les hommes de sens qui étaient ses collaborateurs répon- » daient qu'en fait de législation, il ne s'agissait pas d'être original, mais » *clair, juste* et sage; qu'on n'avait pas une société nouvelle à constituer, » comme Lycurgue ou Moïse, mais une vieille société à réformer en quelques » points, à restaurer en beaucoup d'autres; que le droit français se faisait » depuis dix siècles; qu'il était tout à la fois le produit de la science ro- » maine, de la féodalité, de la monarchie et de l'esprit moderne, agissant » ensemble pendant une longue durée de temps sur les mœurs françaises; » que le droit civil de la France résultant de ces causes diverses devait être » assorti aujourd'hui à une société qui avait cessé d'être aristocratique pour » devenir démocratique; qu'il fallait, par exemple, revoir les lois sur le ma- » riage, sur la puissance paternelle, sur les successions, pour les dépouiller » de tout ce qui répugnait au temps présent; qu'il fallait purger les lois sur » la propriété de toute servitude féodale; rédiger cet ensemble de prescrip- » tions *dans un langage net, précis, qui ne donnât plus lieu aux ambiguïtés,* » *aux contestations interminables, et mettre le tout dans un bel ordre;* que » c'était là le seul monument à élever, et que, si contrairement à l'intention » de ses auteurs, il arrivait qu'il surprit par sa structure, qu'il plût à quel- » ques lettrés, par des vues nouvelles et originales, au lieu d'obtenir la froide » et silencieuse estime des jurisconsultes, il manquerait son but véritable, » dût-il plaire à quelques esprits plus singuliers que censés.

» Tout cela était parfaitement raisonnable et vrai. Le Code était, sous ce

Mais si le Code Napoléon offre ainsi, par le fond des idées, des institutions et des droits qu'il organise, une surface assez large à l'éloge, il n'en est pas de même de la rédaction et de l'ordre de ses matières. — Le soleil lui-même a des taches que n'efface pas sa splendeur.

On peut dire plus, car la prévoyance a des bornes et ses lacunes ont été signalées; on peut dire que non-seulement le Code est susceptible d'améliorations considérables dans sa *lettre*, mais qu'il l'est encore, et qu'il l'a été dès son origine, sous le rapport de son *esprit* et de ses créations juridiques [1].

Il est facile d'en pressentir la preuve? A deux points de vue elle est possible, car elle résultera de l'aperçu d'un double ordre de faits : 1° des modifications qu'il a déjà subies; 2° du nombre de ses commentaires.

Comme ensemble et corps de droit, ce Code a été aussi *parfait* qu'il pouvait être, cela est vrai, lorsqu'on tient compte surtout des agitations de l'époque pendant laquelle il a été discuté, voyez pourtant de combien de lois il a été suivi et étayé depuis sa promulgation en 1804 [2]. Ces changements ne démontrent-ils

» rapport, *un chef-d'œuvre de législation;* de graves jurisconsultes, pleins » de savoir et d'expérience, sachant parler la langue du droit, et dirigés par » un chef, soldat il est vrai, mais esprit supérieur, habile à trancher leurs » doutes et à les soumettre au travail, avaient composé *ce beau résumé du* » *droit*, purgé de tout droit féodal, il était impossible de faire autrement ni » mieux. » *Histoire du Consulat et de l'Empire*, par M. Thiers, t. III, p. 342 et suivantes.

[1] En 1834, dans la *Revue de législation* de M. Wolowski, M. Goupil de Préfeln, député et avocat général à Amiens, publia un article rédigé dans un excellent esprit, mais fort incomplet, sous ce titre mal justifié : *De la révision des lois.* — Il reconnaît, comme tout le monde, les lacunes et les imperfections du Code civil; il les relève par des exemples; il prouve que la jurisprudence est insuffisante pour remédier à l'embarras de notre législation, et conclut à la *révision partielle*, successive des lois sur les points obscurs et controversés, afin de ramener dans les textes la clarté qui leur manque et de combler les lacunes que l'expérience a fait découvrir; nous n'hésitons pas à repousser comme inefficace le système de M. Goupil, inefficace pour dissiper les désordres qu'il signale, mais par contre très-efficace pour y ajouter en provoquant de nombreuses lois nouvelles qui viendraient ainsi aggraver la confusion législative par l'augmentation des lois.

[2] Depuis sa promulgation, le Code Napoléon a subi un certain nombre de modifications dont l'exposé peut à la fois justifier le bien fondé des reproches concernant ses imperfections, attester les progrès forcés des meilleures législations, et servir de réponse aux reproches qu'on a souvent

pas jusqu'à la dernière évidence ses lacunes originelles et les nécessités successives d'améliorations que le temps impose à

faits à la codification d'introduire l'immobilité dans les lois. Voici, d'après leur ordre chronologique, les différentes lois qui, sous des rapports plus ou moins essentiels, ont modifié, éclairci ou complété les dispositions de ce Code :

1° Loi du 24 mars 1806, sur le transfert des inscriptions de rentes appartenant à des mineurs ou interdits;

2° Le Code de procédure civile, exécutoire en 1807, complète ou modifie par son article 834 les articles 2166 et 2181 du Code Napoléon;

3° Loi du 3 septembre 1807, qui modifie et complète les articles 17 et 896 du Code Napoléon;

4° Loi du 3 septembre 1807, qui modifie et complète l'artice 1907 sur le taux des intérêts conventionnels;

5° Loi du 3 septembre 1807, relative aux inscriptions hypothécaires, qui modifie ou complète l'article 2123;

6° Loi du 3 septembre 1807, qui détermine le sens et les effets de l'article 2148;

7° Loi du 4 novembre 1808, qui modifie l'article 2210;

8° Loi du 8 mai 1816, sur l'abrogation du divorce, qui abroge les articles 229 à 306;

9° Loi du 14 juillet 1819, relative à l'abolition du droit d'aubaine et de détraction, qui abroge les articles 726 et 912;

10° Loi du 17 mai 1826, sur les substitutions, qui abroge implicitement les articles 1049 et 1050;

11° Loi du 21 mars 1832, sur le recrutement, dont l'article 32 modifie l'article 374 du Code Napoléon, relativement à l'âge des engagements volontaires;

12° Loi du 16 avril 1832, qui modifie l'article 164;

13° Loi du 17 avril 1832, sur la contrainte par corps, qui modifie le titre 16 (art. 2059 à 2070);

14° Loi du 12 mars 1835, sur l'abolition des majorats, que le sénatus-consulte du 14 août 1806, introduit dans la deuxième édition du Code, avait permis d'établir : ainsi s'est trouvé modifié l'article 896 dans sa partie ajoutée en 1807;

15° Loi du 18 juillet 1837, sur l'administration municipale, modifiant dans certaines limites les articles 910, 937 et 2045, relativement aux formalités de l'acceptation des donations ou legs faits aux établissements d'utilité publique, ainsi qu'aux actions intéressant ces établissements;

16° Loi du 21 mai 1838, concernant les vices rédhibitoires dans les ventes et échanges d'animaux domestiques, qui modifie l'article 1641 et suivants;

17° Loi du 30 juin 1838, sur les aliénés, qui complète le titre de l'interdiction et apporte une extension importante à l'article 504;

18° Lois des 29 avril 1845 et 11 juillet 1847, sur les irrigations, qui modifient l'article 640;

19° Loi du 10 juillet 1848, sur l'âge des engagés volontaires, qui modifie l'article 374;

20° Loi du 13 décembre 1848, sur la contrainte par corps;

nos œuvres? — Depuis la loi du 24 mars 1806 qui dérogea aux art. 457, 458, 459 et 484, jusqu'à la loi du 23 mars 1855, sur la transcription en matière hypothécaire, les besoins nouveaux n'ont-ils pas chaque année relevé ses imperfections ou son insuffisance? — Voilà pour son *esprit* et le *fond* des choses.

Quant à *la lettre*, le nombre seul des commentaires n'atteste-t-il pas suffisamment l'obscurité et les négligences de sa rédaction?... Elles s'expliquent, je le sais, par la confection précipitée du Code, je n'en fais pas un reproche à ses rédacteurs. Je constate un fait, et je réfute un préjugé.

N'anticipons pas toutefois sur les idées et les développements que cette question doit faire naître, et bornons-nous à poser en thèse générale : que l'objection fondée sur l'*excellence des Codes*, pour repousser ou ajourner la révision législative que la

21° Loi du 22 mars 1849, qui modifie l'article 9 sur la jouissance des droits civils;
22° Loi du 7 mai 1849, sur les majorats et les substitutions, qui abroge l'article 896 et la loi de 1826;
23° Loi du 3 décembre 1849, sur la naturalisation des étrangers, qui complète le Code sur la matière;
24° Loi du 10 juillet 1850, relative à la publication des mariages;
25° Loi du 6 décembre 1850, sur le désaveu de la paternité, qui complète l'article 313;
26° Loi du 19 déc. 1850, sur l'usure et l'intérêt conventionnel de l'argent;
27° Loi du 7 février 1851, concernant les individus nés en France d'étrangers résidents en France et les enfants des étrangers naturalisés;
28° Loi du 22 février 1851, sur le contrat d'apprentissage, qui ajoute ainsi au titre des petits contrats;
29° Loi du 31 mai 1854, qui abolit la mort civile;
30° Loi du 10 juin 1854, sur le libre écoulement des eaux provenant du drainage;
31° Loi du 23 mars 1855, sur la transcription en matière hypothécaire;
32° Loi du 2 juillet 1856, qui accorde un privilége à l'État sur la plus-value provenant du drainage pour le remboursement des sommes prêtées à cet effet, et ajoute ainsi à l'article 2102.

Tels sont les principaux changements que le Code Napoléon a subis depuis son apparition; les autres Codes n'ont pas été plus immuables. Autour des Codes de procédure civile, du Code de commerce, du Code pénal et du Code d'instruction criminelle se groupent également des lois nombreuses et séparées qui ont eu pour effet de les éclaircir, de les simplifier ou de les compléter; à ces réformes, qui ont leur importance, l'avenir en ajoutera indubitablement de nouvelles. C'est ainsi que l'œuvre des législateurs de 1804 à 1810 ira en s'effaçant sous les améliorations qu'amèneront peu à peu les leçons de l'expérience et les progrès de la civilisation.

situation nous paraît exiger, est un argument d'enthousiasme qui de tous les côtés porte à faux. — C'est ce qu'il nous reste à démontrer.

5. Une observation est ici nécessaire afin de rassurer certaines susceptibilités. — Nous ne nous sommes pas dissimulé les difficultés et les longueurs de la matière; — pour combattre avec efficacité le malaise législatif qui nous oppresse, dissiper les embarras judiciaires qui nous ruinent, nous savions d'avance qu'il en fallait rechercher la cause, en étudier le caractère et l'étendue dans chaque partie de nos lois, voir en un mot où elle était et ce qu'elle était, mais une pareille investigation, de quelque intérêt qu'elle pût être, aurait égaré la direction de cette étude, ou lui aurait donné des proportions qui eussent excédé nos efforts et son format sans ajouter à son utilité réelle; — nous avons en conséquence simplifié et localisé cette analyse, en choisissant le Code Napoléon comme point d'attaque et de démonstration de notre théorie [1]. Ce n'est donc point en vue d'une expérience *in vili capite*, et dans le but étroit d'établir seulement l'importance pratique des formules qui peuvent corriger sa rédaction, que ses irrégularités ont été plus spécialement prises à partie, mais bien parce que nous avons pensé d'autre part que ce qui serait constaté à l'égard du chef-d'œuvre de la codification impériale le serait *à fortiori* à l'égard des parties qui l'ont suivi; notre intention étant moins en effet de prouver la nécessité de reviser le Code de 1804, que de déterminer les règles à suivre dans la rédaction et l'ordonnance *de*

[1] Le *Code de procédure civile* fut un progrès incontestable sur la législation qu'il a remplacée; mais a-t-il réalisé tout le bien possible? a-t-il atteint un degré de perfection qui rende toute innovation superflue? Non assurément; et de très-bons esprits pensent qu'il y a nécessité de simplifier plus encore les formalités judiciaires qui embarrassent et paralysent trop souvent la marche des affaires. — Consulter à ce sujet le livre que M. Seligman, juge au tribunal de Laon, a publié en 1855 sous le titre : *Quelles sont, au point de vue juridique et au point de vue philosophique, les réformes dont notre Code de procédure civile est susceptible?*

Sur le *Code de commerce*, il y a autant à dire; les lois des faillites et des sociétés commerciales laissent toujours beaucoup à désirer.

Quant à notre *législation criminelle*, la Cour de cassation s'est prononcée pour une *refonte générale*. V. p. 333, note 2, lire les critiques dont M. Poirel, président de chambre à Nancy, a fait précéder un projet complet de réforme à ce sujet. V. aussi le livre si remarquable sur l'amélioration de la loi criminelle, par M. Bonneville de Marsangy, conseiller à la Cour impériale de Paris.

toutes les lois en général. — Cela était, on le comprend, indispensable à dire pour justifier l'ordre d'idée dans lequel va se restreindre cette discussion préliminaire.

Nous reprenons :

On ne saurait sans exagération tout louer dans le Code de nos lois civiles, ni abaisser à tout prix ce monument d'une bienfaisante pensée. — Tenons-nous, de bonne foi, à égale distance d'un excès de blâme et d'un excès d'apologie en avouant avec les plus indulgentes critiques que, s'il est réellement supérieur aux autres codes, il ne répond pas d'une manière toujours complète aux données de la science rationnelle, à sa propre réputation, non plus qu'aux espérances et aux efforts de ses propres rédacteurs [1]; — reconnaissons ainsi qu'à côté de doubles emplois et d'articles inutiles, il est des textes d'une ambiguïté dangereuse, des lacunes regrettables, de trop grande part pour de petits chapitres et de trop petits chapitres pour des matières importantes. — Écartons enfin un moment les éloges de l'admiration pour faire place à l'esprit d'une généreuse et prudente analyse, généreuse, car nous ne signalerons pas des erreurs et des négligences pour le triste plaisir de blâmer, mais dans l'espoir de les voir un jour corriger par la science et le génie.

Qu'on ne se méprenne donc pas sur les intentions et le but de cette critique : en relevant les imperfections des lois, nous cherchons à en fortifier la durée et la puissance, loin de vouloir les affaiblir. — Il faut aimer les lois malgré leurs imperfections, et leur assurer la soumission de tous dans le présent et l'avenir; mais pour cela il est indispensable de les tenir en harmonie avec la situation mouvante des nations, sinon, entre la loi qui vieillit et les générations qui naissent, s'introduisent des conflits dont la conséquence est l'incertitude et l'affaiblissement graduel du pouvoir des lois [2]. Sous l'empire de ces sentiments, nous pouvons, en toute assurance, relever avec la doctrine et la statistique, au point de vue

[1] V. ci-dessus, p. 340, le programme tracé par M. Portalis pour la rédaction du Code, note 1.

[2] « Défions-nous, dit, dans le même ordre d'idées, le profond critique des » législateurs incorrects, Bentham; défions-nous des déclamations chagrines » et des plaintes exagérées; quoique les lois soient imparfaites, celui qui se- » rait assez borné dans ses vues ou passionné dans ses idées de réforme pour

qui nous occupe, les vices principaux du Code Napoléon.

Ces vices quels sont-ils? — Sans entrer à ce sujet dans des détails que ne comportent pas des considérations préliminaires, qu'il nous soit permis de rapporter d'abord la critique fondée que, du haut de la philosophie juridique, un avocat à la cour de cassation a récemment publiée dans un journal de jurisprudence [1].

« Le législateur français a donné à son domaine une cir-
» conscription trop large. — Il nous a toujours paru que de
» nombreuses dispositions législatives, et qui n'en sont pas,
» n'auraient jamais dû avoir de place dans le Code. — Ainsi,
» si l'on prend presque au hasard un titre du Code Napoléon,
» quatre sortes de dispositions apparaissent. Le Code pose des
» principes généraux de législation et de droit public comme
» dans les six premiers articles [2]; ou bien, empiétant sur la

» inspirer la révolte ou le mépris des lois serait indigne d'être écouté par le
» tribunal éclairé du public. — Qui pourrait énumérer leur bienfait, je ne dis
» pas sous le meilleur gouvernement, mais sous le pire? Ne leur doit-on pas
» tout ce qu'on possède de sûreté, de propriété, d'industrie et d'abondance?
» Ne ne leur doit-on pas la paix entre les citoyens, la sainteté du mariage
» et la douce perpétuité des familles? Le bien qu'elles produisent est uni-
» versel; il est de tous les jours et de tous les moments Les maux sont des
» accidents passagers; mais le bien ne se sent pas; on en jouit sans le rap-
» porter à sa cause, comme s'il était dans le cours ordinaire de la nature, au
» lieu que les maux sont vivement sentis, et qu'en les décrivant on accu-
» mule sur un moment et sur un point des souffrances dispersées dans un
» grand espace et sur une longue suite d'années. » — Nous partageons ces sentiments; mais s'il faut se défier des déclamations outrées, on doit se défier également d'une admiration superstitieuse. — Il faut du respect pour les lois, mais pas de fétichisme.

[1] Cet article, intitulé *Du droit et du fait*, publié par M. Thiercelin, se trouve dans le numéro du 11 avril 1855 du journal *le Droit*.

[2] Voici ce que rapporte M. Thiers au sujet des attaques dont ces six articles furent l'objet en 1801 : « On se ferait difficilement une idée aujourd'hui
» des critiques dirigées par M. Andrieu contre le titre préliminaire du Code
» civil au nom du Tribunat. D'abord, ces dispositions, suivant lui, pouvaient
» être placées partout; elles n'appartenaient pas plus au Code civil qu'à tout
» autre. Elles pouvaient, par exemple, se trouver en tête de la Constitution
» aussi bien qu'en tête du Code civil. Cela était vrai; mais puisqu'on n'avait
» pas songé à les mettre en tête de la Constitution, ce qui était naturel, car
» elles n'avaient aucun caractère politique, où les placer mieux que dans le
» Code qu'on peut appeler Code social?.... Enfin, suivant M. Andrieu,
» c'étaient des maximes générales, théoriques appartenant plutôt à la science
» du droit qu'au droit positif, qui dispose et commande. Ceci était faux; car

» partie libre du droit [1], qui se règle uniquement par l'arbitre » des particuliers, il règle des présomptions de volonté; — ou » bien, il donne des définitions, comme dans les contrats, » l'hypothèque ou la prescription; — ou bien enfin, le législa- » teur figurant dans son véritable rôle, ordonne ou défend, dé- » termine la forme légale des actes de droit et donne pour » sanction aux dispositions de la loi, selon les cas, la res- » ponsabilité des contrevenants envers les personnes légale- » ment lésées ou la nullité des actes faits contrairement à ses » prescriptions.

« Or, il est clair que, dans ces dispositions, celles de la der- » nière classe peuvent seules trouver place dans un Code civil, » ou plutôt, pour parler exactement, doivent le composer ex- » clusivement. — Comment pourrait-on considérer comme des » textes de lois les définitions souvent fautives que le Code » donne de tel contrat, comme la vente, ou de tel fait juridique, » comme la prescription? Il définit, et quelquefois définit mal » la propriété, l'usufruit, la servitude, les donations, le testa- » ment, la vente, le louage, la société, le prêt, le mandat, » l'hypothèque, la prescription; toutes choses dont le nom » éveille une idée connue de tous; mais il ne définit pas le droit » d'abord, le domicile, l'absence, le mariage, la tutelle, l'hé- » rédité, l'obligation, etc., etc., qu'il eût fallu expliquer si les » définitions étaient bonnes dans un Code.

« D'un autre côté quelle force législative peuvent avoir les » nombreuses dispositions qui dans la matière des contrats ne » font que formuler des distinctions d'école, ou énoncer le sens » ordinaire de tel pacte, sans enchaîner aucunement l'arbitre » du juge? La loi l'oblige-t-elle, quand, après avoir présumé, » pour l'exécution d'une convention, la volonté des parties, » elle termine en lui réservant, selon une formule très-fré-

» la forme de la promulgation des lois, la limite donnée à leurs effets, l'obli- » gation pour les juges de juger et de ne pas réglementer, l'interdiction de » certaines conventions particulières contraires aux lois : tout cela était im- » pératif. » *Du Consulat et de l'Empire*, t. III, p. 348. — Mais tout cela s'adressait-il bien aux citoyens, tout cela constituait-il pour eux des règles d'action dans leurs rapports privés? Assurément, non; et l'on doit reconnaître qu'à part l'article 6, les cinq premiers articles sont des articles de droit public ou de droit administratif.

[1] Nous reviendrons sur cette distinction de la partie *libre* et de la partie *coactive* du droit.

» quente, la liberté d'une interprétation différente? Il est trop » évident qu'en écrivant de telles dispositions les rédacteurs du » Code ne se rendaient pas compte de la différence qu'il y a » entre une œuvre de doctrine et un travail de législation.

« Tel est en effet le principe de ce que, dans le Code, nous » appelons, dès à présent, sauf de plus amples justifications, » une erreur. Ses auteurs entraînés par le mouvement des idées » de leur époque, ont écrit dans un code spécial des dispositions » qui avaient leur place marquée dans un code constitution- » nel; puis, à la suite de Pothier, dans la matière des contrats » surtout, ils ont *défini, divisé, distingué et donné des règles* » *générales et particulières pour l'interprétation des conven-* » *tions.* »

« Et cependant un Code n'est pas un livre de droit..... » La loi commande « ou défend, » et le livre enseigne, la mis- » sion du législateur et celle du professeur diffèrent essentielle- » ment [1]. »

Qui donc pourrait le contester? Cela est ainsi : le Code Napoléon présente à côté les uns des autres des principes de droit constitutionnel, des prescriptions de droit public, des préceptes de droit civil, des articles de procédure et jusqu'à des dispositions de droit pénal; — puis des définitions dangereuses, des divisions incomplètes, des motifs de loi, des règles d'interprétation et de doctrine, des prohibitions sous forme impérative et des ordres sous forme de prohibitions; est-ce bien là de la méthode?

D'autre part, les théories anciennes tant bien que mal rajeunies, heurtent les tentatives timides d'un droit nouveau. Les

[1] Ne pourrait-on pas ajouter qu'après avoir fait le professeur, le législateur finit par devenir presque notaire, lorsque présumant du silence ou de l'abstension des parties, il leur impose des contrats ou des intentions qu'elles n'avaient pas ou n'ont jamais eues; et ne pousse-t-il pas trop loin la conséquence de cette fiction d'une convention tacite, lorsqu'il trace ainsi les clauses particulières de certains contrats privés? Si la loi est une règle de la liberté civile, ne doit-elle pas se borner à dire ce qui lui est défendu, ce qui est contraire à l'ordre général, en lui laissant toute sa latitude dans ce qui ne touche en rien aux intérêts publics? Une grande partie des dispositions renfermées dans le titre des petits contrats est-elle autre chose qu'un supplément, un *appendice* des conventions privées? Nous n'en contestons pas l'utilité; mais est-ce bien au législateur de fournir des modèles de contrat et de rédiger un manuel des notaires? Sont-ce bien là des lois générales?

maximes du droit coutumier se croisent avec les fictions romaines; ici, ce sont des classifications inexactes, là, des exceptions absorbant leur principe ou des principes méconnaissant leurs exceptions, le tout accompagné de locutions vagues, de termes impropres, de vices de style et des phrases à ce point embarrassées que M. de Savigny a pu dire des rédacteurs du Code : « Qu'ils ont écrit et pensé non comme des hommes de métier, mais comme de vrais *dilettanti*[1]. » — Est-ce l'ordre et la logique qui ont gouverné cette création ou l'impatience de la gloire?

Je ne dénigre pas, j'expose, et j'expose des imperfections reconnues par l'opinion générale des auteurs, par la jurisprudence, et par les rédacteurs eux-mêmes de l'œuvre que nous apprécions.

Les auteurs! — Écoutez à ce sujet en quels termes s'exprime, dans un article publié en 1846 par la *Revue de législation*, sous le titre *le Code civil et ses interprètes*, notre regrettable Marcadé : « Le Code civil, que ses rédacteurs avaient cru si » simple à saisir, s'est trouvé en définitive, par diverses causes » qu'il serait trop long d'énumérer, notamment par *le défaut de* » *méthode et les autres vices de sa rédaction*, tellement difficile » à bien comprendre, que les forces d'une intelligence, si forte » qu'elle fût, n'y pouvaient pas suffire[2]... » Et plus tard, dans

[1] « Die rœmer waren mœuner vom fach, wœhrend diese redactorem und staats rœthe reden und schreiben wie dilettantem. » Il y a là de quoi nous scandaliser, nous autres Français élevés dans l'admiration des hommes qui ont élaboré nos Codes. « Que serait-ce, ajoute à ce sujet M. Chassan, dans une note de son *Traité des délits de la parole et de la presse*, t. I, p. 266, si l'on connaissait la critique que M. de Savigny fait en détail de la discussion du Code civil, et le jugement qu'il porte tant sur le Code lui-même que sur ses principaux rédacteurs, MM. Bigot-Préameneu, Tronchet, Portalis, Maleville! Malgré l'amertume et l'injustice de sa critique, il y a plus d'un enseignement à tirer de la lecture de ce chapitre, d'ailleurs si remarquable, et il est permis de regretter sous ce rapport qu'il n'ait pas été traduit en français. » (V. *Vom Beruf unsrer zeit für Gesetsgebung und recht Wissenchaft* vom D. E. C. von Savigny, kap. 7, seitte 39, *Zweite vermehrte Auflage*. Heidelberg, 1828.)

[2] Dans la suite de cet article, l'auteur relève plus d'une fois et prouve par des exemples les vices de méthode et de rédaction du Code Napoléon avec beaucoup de vivacité et de justesse, et notamment dans le titre des obligations.— Les auteurs sont d'ailleurs unanimes à ce sujet; ils ne diffèrent que par la manière d'exprimer la même idée, *sic*. M. Serrurier, dans son remar-

son remarquable commentaire, il ajoute : « A partir du 21 mars » 1804, la France eut enfin un Code de lois uniformes, vrai- » ment nationales, lequel, malgré les *obscurités*, les *lacunes*, les » *vices de rédaction et quelquefois même de fond* qu'on y trouve, » sera toujours regardé comme un des plus beaux ouvrages » sortis de la main des hommes. » Disons-nous quelque chose de plus du côté de l'admiration et du côté de la critique?... D'autres sont bien moins modérés[1].

6. Que répondrait à son tour la statistique consultée? Sans compter le nombre des décisions réformées en appel, puisque les juges y connaissent du fait et du droit, demandons à la Cour, gardienne de l'inviolabilité des lois, de nous édifier sur l'excellence du Code et l'uniformité de son application.

Toutes les années, vingt-cinq pourvois admis par la chambre des requêtes sont rejetés par la chambre civile, et quarante décisions des cours et tribunaux sont cassées en moyenne, pour violation du Code Napoléon[2]. Depuis cinquante ans, la Cour suprême a donc relevé deux mille violations de ce Code, et, en outre, fait connaître, directement ou indirectement, son opinion sur le sens de la loi, au sujet des trois mille sept cent cinquante questions controversées des trois mille sept cent cinquante pourvois.—N'est-il pas logique de supposer que tous les articles obscurs ou ambigus du Code aient été plus ou moins l'objet de l'interprétation quasi-législative de la Cour régulatrice? Le doute semble dès lors ne plus être possible sur la portée de leurs dispositions[3], et pourtant il existe encore des

quable *Précis du droit français* publié en 1845, *sic*. M. Goupil de Préfeln, dans un article publié en 1834 dans la *Revue de législation*.

[1] Surtout l'illustre Toullier, qui ne manque aucune occasion de relever les lacunes et les vices de fond et de forme du Code qu'il a commenté.

[2] Relativement au Code Napoléon, le nombre des pourvois rejetés par la Chambre civile a été de 24 en 1849, — de 16 en 1850, — de 24 en 1851, — de 19 en 1852, — de 34 en 1853, — et de 33 en 1854. — Celui des arrêts de cassation a été dans la même période de 38 en 1849, — de 39 en 1850, — de 47 en 1852, — de 50 en 1853, — et de 36 en 1854 : ce qui donne, pour les six années, une moyenne de 25 pour les arrêts de rejet et de 40 pour les arrêts de cassation; ces moyennes ne diffèrent pas beaucoup de celles relevées de 1821 à 1848. — V. les comptes rendus de la justice civile de 1840 à 1854.

[3] Il ne serait pas sans utilité de faire le relevé et de disposer en tableau, suivant la progression du nombre des arrêts de cassation, les textes de lois qui, depuis cinquante ans, ont été plus ou moins l'objet de l'interprétation doctrinale de la Cour suprême; on pourrait ainsi, dans l'étude comparative

pourvois, et des pourvois accueillis, dont le nombre proportionnel va croissant sur ces mêmes articles, et tous les jours des dissidences plus ou moins funestes s'en viennent tirer au sort des subtilités judiciaires la lettre de la loi et la fortune des citoyens. La loi n'est donc pas si claire qu'on ne la comprend qu'à demi dans le sanctuaire de la justice; son esprit est enveloppé d'une lettre bien obscure, que la Cour même chargée d'en régler l'uniforme application varie dans sa propre jurisprudence, et ne peut en fixer le sens. Le Code Napoléon n'est donc pas à l'abri de toute critique, s'il soulève tant de difficultés?

7. Mais à quoi bon tant insister? *Habemus confitentem reum!* Ses auteurs ont pris soin de nous donner raison en reconnaissant à l'avance les imperfections de leur œuvre, *son insuffisance, ses lacunes, son obscurité;* lisez l'article 4 du Code Napoléon, cela y est écrit en toutes lettres : « Le juge qui refusera de juger sous prétexte du *silence*, de l'*obscurité* ou de l'*insuffisance* de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice[1]. » Voilà bien le Code jugé par lui-même. — L'article 4 en a été la critique anticipée, dont la jurisprudence a démontré l'exactitude. — Il n'y a plus rien à ajouter.

8. Généralisons. — Ce qui est dit d'un Code doit et peut se dire *à fortiori* de tous. — Ici comme là, les mêmes résultats sont les produits des mêmes causes. — Le nombre des commentaires, des procédures et des modifications qu'ils ont tour à tour subies[2], démontre également leur imperfection primitive et actuelle. — Les controverses de l'École et du Palais n'ont pas d'ailleurs d'autre origine. — L'évidence ne demande ni tant

des dispositions les plus controversées, découvrir les causes générales ou particulières de l'incertitude et de l'obscurité des lois; nous regrettons de n'avoir pu nous procurer les éléments nécessaires pour l'entreprise d'un pareil travail.

[1] L'article 185 du Code pénal s'exprime dans les mêmes termes : Tout juge.... qui, sous quelque prétexte que ce soit, même du *silence* ou de l'*obscurité* de la loi, aura dénié la justice...., etc.

[2] V. *in fine* la note 2 de la page 341. — V. aussi dans Zachariæ, p. 27, 33, 36, l'énumération des lois diverses qui ont modifié les différents Codes à partir de leur promulgation.

La statistique de la justice civile constate une augmentation dans le nombre proportionnel des pourvois et des arrêts de cassation. — V. *Compte rendu de la justice civile*, année 1850.

de traités, ni tant d'arrêts, ni tant de paroles; si l'on discute encore, c'est que l'on ne s'entend pas ou que la loi est mal entendue, et si la loi est mal entendue, c'est qu'elle ne s'explique pas clairement, c'est qu'elle est mal rédigée, c'est que son sens flotte indécis au milieu d'une lettre *obscure ou incertaine*.

En conséquence, pour le Code Napoléon comme pour les Codes qui l'ont suivi, l'objection tirée de leur prétendue excellence tombe comme une allégation sans preuve devant la brutale logique des faits.

9. Obscurité ou ambiguïté, disons-le sans crainte d'être démenti, voilà en grande partie les causes de la confusion des esprits et des langues; telle est la double source du déluge de lois qui, depuis cinq cents ans, envahit la France et embarrasse la science du droit. Voilà pourquoi nos Codes n'ont été qu'un temps d'arrêt, et que le moment est venu ou viendra de les reviser ou de les refondre dans un moule moins rempli de lacunes et d'imperfections.

Leur auteur ne s'est pas fait, du reste, longtemps illusion sur leur durée; — et, pour terminer à ce sujet toute hésitation, quelle opinion plus puissante peut-on jeter dans la balance que celle de l'homme qui, dans les loisirs que lui laissaient les victoires, s'élevait, par la pensée et le sens pratique, à la hauteur des Portalis et des Merlin? Napoléon, revenu du premier orgueil de ses Codes, a dit un jour : « *Il faudra les refaire dans trente ans !*[1] » Il entrevoyait les progrès futurs et leur future insuffisance. — Il ne s'est pas trompé.

Ainsi pensait l'homme d'État, ainsi pensent les jurisconsultes; c'est aussi l'opinion des philosophes publicistes qui méditent sur les hauteurs du droit.

Voici ce que je lisais, en 1851, dans un livre écrit avec la plume d'or d'un poëte et l'élévation d'idée d'un penseur : « La » France a donné le signal des révolutions législatives; elle » exercera encore une influence salutaire *en revisant ses lois* » *civiles, commerciales et criminelles*[2]. Elle devra porter dans

[1] Si Napoléon a prononcé ces paroles, ainsi qu'on nous l'a assuré, elles sont la conclusion réfléchie de son exclamation à l'apparition du commentaire de Maleville : Mon Code est perdu !

[2] Moins générale, mais non moins précise, la Cour de cassation se prononça pour une *refonte complète* lorsqu'il s'agit de donner son opinion au

» cette réforme le même esprit que dans sa création, c'est-à-
» dire l'esprit de système et d'unité philosophique; en un mot,
» *la révision devra être synthétique et embrasser toutes les par-*
» *ties des Codes*.... Conçoit-on la possibilité de réformer un titre
» du Code sans reviser *le Code même?* Conçoit-on davantage la
» réforme du *Code civil* sans la réforme du *Code de commerce?*
» Comment concilier, sans ce concert, les principes de la légis-
» lation et ceux de l'économie politique qui doivent entrer dans
» la légalité [1]? » Et plus loin : « On ne donnerait à la France
» que des lois sans génie et sans puissance, si, au lieu *de les*

sujet de quelques lois partielles; voici ce que disait la commission nommée en 1846, au sein de cette Cour, pour examiner un projet de loi sur les prisons cellulaires, dont l'adoption eût amené des modifications dans le Code pénal : « Faut-il procéder comme en 1832, ou, au contraire, entreprendre *une* » *refonte complète?* Faut-il faire entrer dans le Code pénal un grand nombre » de dispositions éparses dans des lois spéciales? Entre ces deux partis, le » plus grand, celui d'une *refonte complète*, n'est pas le plus difficile; il est le » plus digne d'un peuple éclairé dont la législation a le glorieux privilége de » se placer en tête des législations modernes. Il est aussi le plus conforme à » cet esprit de conservation et de durée sur qui repose le long avenir des » lois. » En 1832, lors de la révision du Code pénal, on avait également demandé la refonte complète de la législation criminelle. — V. le discours du rapporteur.

[1] « Je n'ignore pas, ajoute à ce sujet M. Lherminier, que quelques excel- » lents esprits préfèrent la révision partielle et successive de chaque matière » importante, et ils trouvent dans cette méthode la garantie que les détails » essentiels seront approfondis; que chaque sujet spécial attirera sur lui seul » toute l'attention des législateurs. — Je réponds que ce succès est légitime; » qu'il faut accorder à chaque loi particulière le temps et l'étude nécessaires » pour la faire aussi bonne que possible; mais j'ajoute qu'il faut subordonner » ce soin à une pensée plus haute, à la double convenance de l'art législatif » et du génie national.

» Quand on préfère les amendements partiels à une révision générale, » est-on bien certain de ne pas prendre l'exemple jusqu'à présent donné par » l'Angleterre pour une idée de raison? Mais si l'Angleterre a cherché à ré- » parer, à rajuster, à corriger pièce à pièce l'édifice de sa législation, ce n'a » pas été par choix, mais par nécessité; elle a suivi le cours de son histoire; » elle a surmonté les difficultés de la position par l'industrie de ses juriscon- » sultes et l'habileté de ses hommes d'État; enfin elle a obéi à son génie. — » Obéissons au nôtre.— Or l'esprit français excelle à embrasser l'étendue d'un » sujet, à en saisir l'unité, à en tracer l'économie, à abstraire les principes » dirigeants, à déduire les conséquences, à les subordonner, à parcourir » avec une rapidité nette toute la gamme d'un système. — Je dirai qu'il est » plus poëte dans la philosophie et la politique que dans l'art même : voyez » Montesquieu et Mallebranche, Bossuet, Napoléon et Mirabeau. — Il y a » plus, nous ne concevons véritablement les détails qu'en les voyant décou-

» *refondre*, on voulait *les lui raccommoder*. Prenez du temps, » laissez les doctrines se produire et s'aventurer... » Voilà ce qu'écrivait M. Lherminier, dans la treizième édition de la *Philosophie du droit*. — C'est à l'appel de cette voix prophétique que ma pensée a obéi.

CHAPITRE II.

PREUVES DE L'IMPERFECTION DES CODES. — MULTIPLICITÉ DES LOIS, INCERTITUDES DE LA JURISPRUDENCE.

10. Embarras de la législation avant 1789.
11. De la codification de l'empire. — Elle n'est qu'un temps d'arrêt; mot de Napoléon.
12. Nouveaux embarras : 1° incertitudes de la jurisprudence;
13. 2° Multiplicité des lois.
14. Transition.

10. Voltaire a dit, il y a plus d'un siècle, que « lorsqu'on voyageait en France, on changeait de lois aussi souvent que de chevaux! » — Ne pourrait-on pas dire aujourd'hui qu'on change de jurisprudence à chaque station de chemin de fer, et que, suivant les temps et les lieux, les cas et les espèces, la loi est aussi diversement entendue que diversement appliquée?

Voltaire avait raison.— La France était, avant 1789, une sorte d'échiquier où des coutumes différentes, des usages locaux, des ordonnances générales ou particulières se mouvaient suivant des règles que les esprits les plus éminents avaient de la peine à suivre et à comprendre; chaque village avait ses lois, et chaque loi ses interprètes.

Amas confus de maximes écrites et non écrites, abrogées et non abrogées, inutiles ou contradictoires, faisant de la science du droit, suivant l'expression de l'éloquent Portalis, « un dédale mystérieux dont le fil échappait à chaque instant. » La législation était un immense chaos[1]! »

» ler d'un principe, qu'en les y ramenant, et quand nous ne voyons pas tout, » nous ne voyons rien.

» Ces qualités philosophiques sont les plus nécessaires à la rédaction des » lois; elles répondent au sujet même, à l'unité et aux rapports qui animent » et constituent la législation d'un peuple. » — *Philosophie du droit*, p. 451 et 452.

[1] Avant la révolution, la France n'était point soumise à une législation uniforme. — Divisée en pays de droit écrit et de droit non écrit, droit romain et coutumes, les ordonnances des rois étaient seules obligatoires dans tout le royaume. — Quelques rois de France, et notamment Charles VII et

Ce désordre avait alors son principe dans la division territoriale du pays, du pouvoir, et dans les priviléges de toute nature des parlements[1], de la noblesse et du clergé. — Mais aujourd'hui qu'à l'unité du territoire répond l'unité du pouvoir et de la loi, que devant l'égalité civile de tous ont disparu les priviléges de l'ancien régime, comment s'expliquer les nouveaux embarras qui entravent la marche de la justice et rendent encore si pénible la science du droit? Quelle est la cause des divergences dans la manière d'entendre et d'appliquer les actes législatifs? Comment se rendre compte enfin des variations de la jurisprudence, en présence d'une loi une, et surtout d'une Cour suprême chargée d'en régler l'uniforme interprétation?

Une grande ombre traverse ici la discussion. — Un mot sur l'époque impériale.

11. Il y a cinquante ans que l'initiative et l'énergie du premier consul ordonnèrent la lumière dans « l'immense dédale » dont s'effrayait l'esprit de Portalis.

Le pouvoir, pour être fort, fut un; la législation, pour être forte, fut une[2]. La double unité du pouvoir et de la loi fit la puissance de l'empire et la gloire de l'empereur, dont les lauriers durent troubler pour la première fois le sommeil séculaire de Charlemagne.

En législation, comme en science, comme partout, la simplification, c'est le génie. — Codifier les lois, c'était les simpli-

Louis XIII, avaient essayé, mais en vain, de détruire les innombrables coutumes qui variaient la justice d'une province à l'autre; sous Henri III, une tentative plus sérieuse de codification valut à la science le Code Henri III, de Barnabé Brisson. — C'est, en effet, la seule compilation à laquelle on ait tenté de donner un caractère officiel; quelques jurisconsultes rédigèrent ensuite des recueils en forme de code; tels furent : le Code Henri IV, conférences de droit romain et de droit français; le Code Michaud ou Marillac du nom du garde des sceaux, Michel de Marillac, qui présida à sa confection (ordon. 1629); le Code civil ou Code de Louis XIV (ordon. 1667); le Code des marchands, ordonnance de 1673; mais on ne peut leur donner le titre de Code dans le sens actuel du mot.

[1] Surtout à cause du pouvoir politique et presque législatif des parlements qui, non contents d'accorder ou de refuser l'enregistrement des lois, faisaient des règlements obligatoires pour chaque province.

[2] Le premier consul ne fut ni le premier ni le seul à avoir rêvé l'unité législative de la France; mais cette unité que d'autres avaient conçue, lui seul sut l'achever, et c'est en cela qu'est sa gloire et son œuvre. — V. ci-dessus, note 1, p. 354.

fier ; Bonaparte le comprit dès l'an IX, lorsque, dans une proclamation du 21 messidor, il annonçait « un Code civil qui, mûri par la sage lenteur des discussions, protégerait les propriétés et les droits de tous. » — Dégager le droit de l'embarras des coutumes, l'affranchir de l'autorité des feudistes et des jurisprudents romains ; ouvrir à nouveau une carrière féconde en déblayant la voie de la science et de la civilisation ; continuer la révolution, recommencer Justinien, dépasser Louis XIV, régénérer et restaurer le droit comme il avait régénéré la France et restauré l'autorité, tels furent la sublime ambition et l'œuvre de Napoléon Ier.— Il triompha sur ce terrain comme sur tous les autres.

Législateur [1] et capitaine, il est venu, il a vu, et les Codes

[1] On a contesté bien injustement à l'empereur d'avoir puissamment contribué, par ses idées, son initiative et sa résolution, à la confection du Code civil. — Voici ce qu'on lit à ce sujet dans l'*Histoire de la monarchie en Europe*, par M. Francis Lacombe, t. IV, p. 81 et 82 : « Quoique des chapitres entiers » appartinssent à Pothier et à Domat, et malgré la valeur personnelle des vé» ritables législateurs, Bonaparte s'appropria leur ouvrage. Instituer un » nouvel ordre civil et politique, rendre les citoyens égaux devant la loi et » les enfants devant le père de famille, achever la libération de la propriété » terrienne, reconnaître enfin à chacun le droit de tester dans les limites im» posées par l'intérêt public ; il y avait là de quoi tenter l'orgueil d'un chef » qui désirait ajouter à tant d'autres le titre de réformateur..... Mais recon» naissons que si Napoléon peut être considéré comme un des glorieux au» teurs du Code civil, on en doit la rédaction et la science épurée aux » hommes d'étude et de méditation. » Corrigeons la partialité contenue de cette appréciation par l'opinion plus juste d'un historien que l'on ne pourra pas certainement accuser de courtisanerie et d'ignorance en cette matière ; qu'on nous permette de citer encore le remarquable auteur du *Consulat et de l'Empire* ; on verra que si Napoléon est resté étranger à la *rédaction matérielle* du Code civil, qui ne pouvait être d'ailleurs que l'œuvre des hommes spéciaux, il a laissé dans sa discussion une empreinte marquée de son intelligente direction : « Un spectacle frappait en 1801 tous les yeux, c'était la » discussion du Code civil dans le conseil d'État. — Le besoin de ce Code » était certainement le plus urgent des besoins de la France. L'ancienne » législation civile composée de droit féodal, de droit coutumier, de droit » romain, ne convenait plus à une société révolutionnée de fond en comble ; » les anciennes lois sur le mariage, celles qu'on avait improvisées depuis » sur le divorce et les successions, ne convenaient ni au nouvel état de la so» ciété, ni à un ordre de chose moral et régulier. Une commission, com» posée de MM. Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneu et Maleville, avait » rédigé un projet de Code civil. Ce projet avait été envoyé à tous les tribu» naux pour qu'ils en fissent l'objet de leur examen et de leurs observations ; » en conséquence de cet examen et de ces observations, le projet avait été » modifié et soumis enfin au conseil d'État, qui venait de le discuter article

ont été donnés au milieu des éclairs dont son génie éblouissait le monde.

En moins d'un an, de 1803 à 1804, le Code civil repris [1] et

» par article pendant plusieurs mois. — Le premier consul, assistant à cha-
» cune de ces séances, avait déployé, en les présidant, une méthode, une
» clarté, souvent une profondeur de vues qui étaient pour tout le monde un
» sujet de surprise. Habitué à diriger des armées, à gouverner des provinces
» conquises, on n'était pas étonné de le trouver administrateur, car cette
» qualité est indispensable à un grand général; mais la qualité de législa-
» teur avait chez lui de quoi surprendre. Son éducation, sous ce rapport,
» avait été promptement faite. S'intéressant à tout, parce qu'il comprenait
» tout, il avait demandé à Cambacérès quelques livres de droit, et notam-
» ment les matériaux préparés sous la Convention pour la rédaction du nou-
» veau Code civil. Il les avait dévorés, comme ces livres de controverse reli-
» gieuse dont il s'était pourvu lorsqu'il s'occupait du concordat. Bientôt,
» classant dans sa tête les principes généraux du droit civil, joignant à ces
» quelques notions rapidement recueillies sa profonde connaissance de
» l'homme, sa parfaite netteté d'esprit, il s'était rendu capable de diriger ce
» travail si important, et il avait même fourni à la discussion une large
» part d'idées justes, neuves, profondes. Quelquefois une connaissance in-
» suffisante de ces matières l'exposait à soutenir des idées étranges; mais il
» se laissait bientôt ramener au vrai par les savants hommes qui l'entou-
» raient, et il était leur maître à tous, quand il fallait tirer du conflit des
» opinions contraires la conclusion la plus naturelle et la plus raisonnable.
» Le principal service que rendait le premier consul, c'était d'apporter à
» l'achèvement de ce beau monument un esprit ferme, une volonté de travail
» soutenue, et par là de vaincre les deux difficultés devant lesquelles on avait
» échoué jusqu'alors, la diversité infinie des opinions et l'impossibilité de
» travailler avec suite au milieu des agitations du temps. Quand la discus-
» sion, comme il arrivait souvent, avait été longue, diffuse, obstinée, le
» premier consul savait la résumer, la trancher d'un mot, et de plus il obli-
» geait tout le monde à travailler en travaillant lui-même des journées
» entières. On imprimait et on publiait le procès verbal de ces séances remar-
» quables; cependant, avant de le livrer au *Moniteur*, le consul Cambacérès
» avait soin de le revoir, et de supprimer ce qui pouvait n'être pas conve-
» nable à publier, soit que le premier consul eût émis des opinions quelque-
» fois singulières ou traité des questions de mœurs avec une familiarité de
» langage qui ne devait pas aller au delà de l'enceinte d'un conseil intime.
» Il ne restait donc dans le procès verbal que la pensée quelquefois rectifiée,
» souvent décolorée, mais toujours frappante du premier consul. Le public
» en était saisi, et s'habituait à le considérer comme l'unique auteur de ce
» qui se faisait de bon et de grand en France. Il prenait même une sorte de
» plaisir à voir législateur celui qu'il avait vu général, diplomate, adminis-
» trateur et constamment supérieur dans ces rôles divers. » (Thiers, *Du Consulat et de l'Empire*, t. III.

[1] En 1801, l'opposition du Tribunat avait fait ajourner la discussion du Code civil.

discuté, fut rédigé, décrété et promulgué [1]. — En 1806, parut le Code de procédure civile; — en 1807, le Code de commerce; — en 1808, celui d'instruction criminelle; — en 1810, le Code pénal.... Mais trop pressés de satisfaire les besoins de l'époque autant que l'impatience de l'empereur, les légistes de la rédaction, en improvisant il est vrai des chefs-d'œuvre, revêtirent l'esprit de la loi d'une lettre qui ne fut pas toujours exactement coupée à sa taille, et, confondant quelquefois ce qui était du domaine de la législation avec ce qui était du domaine de la doctrine, laissèrent Pothier, Domat, et les idées anciennes dominer trop souvent dans l'enceinte plus éclairée que méthodique [2] du conseil d'État.

Le Code Napoléon fut, dans la sphère des lois civiles, le résumé pratique de ce que savait la France. L'empereur en était fier, et sous beaucoup de rapports il avait le droit de l'être; aussi voulait-il le faire accepter comme un point de départ nouveau au delà duquel il n'y avait plus à rechercher [3], — il croyait n'avoir, après lui, laissé rien à faire. — Quelle ne fut pas sa déception? — Un premier commentaire parut, celui si modeste de Maleville, l'empereur en le lisant s'écria : « Mon Code est » perdu ! [4] ».

Qu'eût-il pensé, s'il eût entendu parler de sa révision comme d'un fait imminent et nécessaire; s'il eût vu l'illustre Toullier signaler des lacunes, des vices de rédaction et des taches qui

[1] Le Code civil ne prit le nom de Code Napoléon et ne fut promulgué sous cette qualification nouvelle qu'en 1807, en vertu de la loi du 3 septembre 1807.

[2] V. p. 349, note 1, ce qui est dit au sujet des critiques de M. de Savigny à propos des rédacteurs du Code.

[3] « J'aurais voulu, disait l'empereur, partir d'un point arrêté, suivre une » route unique, connue de tous, n'avoir d'autres lois que celles inscrites » dans le seul Code, et proclamer une fois pour toutes nul et non avenu tout » ce qui ne s'y trouvait pas compris. » (*Mémorial.*)

[4] « A peine le Code eut-il paru, ajoutait l'empereur, qu'il fut suivi presque » aussitôt, et comme en supplément, de commentaires, d'explications, de » développements, d'interprétations, que sais-je? J'avais coutume de m'é- » crier au conseil d'État : Eh ! messieurs, nous avons nettoyé l'écurie d'Au- » gias; pour Dieu ne l'encombrons pas de nouveau. » (*Mémorial.*)

Justinien avait, sous une forte peine, défendu de commenter le *Corpus juris*; il croyait aussi *se omnia sua fecisse*, ainsi qu'il le dit lui-même. Cela a-t-il empêché les gloses? L'imperfection est chose humaine, et le progrès la loi de l'humanité.

appelaient un remaniement dont nul ne contestait même alors l'utilité et l'opportunité ; s'il eût assisté surtout à cette célèbre polémique de la codification et entendu les docteurs allemands protester contre les législations codifiées au nom du libre développement du droit par la coutume, la doctrine et la jurisprudence, et traiter de *causeries vagabondes* et *décousues* les discussions de son conseil d'état [1].

Toute excellente que puisse être une législation, si incontestables que soient ses bienfaits, son auteur ne peut jamais dire, comme le poëte : *Perenne monumentum exegi!*

Il ne faut pas croire, en effet, que l'on parvienne de plein saut à la perfection. Cela n'est donné ni à un homme, ni à un peuple, ni même à Dieu, lorsqu'il parle aux hommes. *La loi nouvelle* n'a-t-elle pas remplacé *l'ancienne loi?* Un Code toujours en prépare un autre. Car le mieux ne s'improvise pas.

Codifier la législation française c'était bien l'améliorer, mais ce n'était pas élever les éternelles colonnes d'Hercule de la science et de la civilisation, l'esprit humain dans ses conquêtes n'en reconnaît pas, et ne se sait d'autres limites que l'infini dont il cherche en vain à mesurer l'idée.

12. Après Maleville, Delvincourt, Toullier, Zachariæ, jusqu'à MM. Troplong, Marcadé et Demolombe, combien d'intelligences se sont penchées sur l'œuvre impériale? En est-elle pour cela mieux comprise, plus uniformément appliquée? interrogez les recueils d'arrêts, ils ont déjà plus de cent volumes.

Les autres Codes ont été à leur tour étudiés, commentés, analysés, leurs termes ont été pesés, leur style disséqué, est-on plus d'accord sur la solution des difficultés que leur application a fait naître? la pratique se glorifiant enfin des efforts de la dialectique a-t-elle pour toujours conjuré les embarras de la justice?

Nous ne pouvons pas nous flatter encore d'un pareil succès, loin de là, l'analyse a sondé les ténèbres sans y porter la lumière, les controverses se sont renouvelées, les doctrines opposées ont changé de terrain sans changer de théories, le doute est toujours dans l'école, parmi les juges, jusque sur le

[1] MM. Thibaut et Savigny ont vivement critiqué la discussion fort superficielle, selon eux, du conseil d'État sur notre Code civil, qu'ils traitent de causeries vagabondes et décousues, où le vague le dispute à l'indécision. — *Vom Beruf*..... V. p. 349, ce qui est dit dans la note 1.

siége des légslateurs, et « l'étude de la jurisprudence, peut-on » dire avec Filangieri, est comme celle de l'écriture chez les » Chinois, après vingt ans de travaux assidus, ils savent à peine » lire ». Encore une fois : quelle est l'origine de ces nouveaux embarras de nos lois? comment s'expliquer les vacillations des tribunaux en présence d'une législation une et d'une cour régulatrice chargée d'en fixer le sens et d'en maintenir l'application uniforme? — Par l'obscurité et l'ambiguïté des lois, nous l'avons déjà dit : à lois mal rédigées, interprétations diverses.

13. Ce n'est pas tout. — Le nombre toujours grossissant des actes législatifs est venu ajouter aux difficultés judiciaires et l'obscurité s'est aggravée par l'encombrement.

Ouvrez le *Bulletin* sur une question donnée, et il ne sera pas rare de trouver plus de vingt lois sur la matière. — Vingt lois inspirées par des tendances différentes, rendues à de longs intervalles et sous des régimes divers. Membres incohérents d'une législation ainsi divisée, quel peut être votre empire, comment se retrouver au milieu des ruines laissées par vos courants abrogateurs?

Lorsque Justinien entreprit la confection du *Digeste*, les lois romaines s'étaient accumulées au point que, suivant un auteur à peu près contemporain [1], *elles auraient pu former la charge de plusieurs chameaux*. Que ne pourrait-on pas dire aujourd'hui en voyant nos cinquante-six Codes et les deux cents volumes de notre *Bulletin des Lois*? N'en sommes-nous pas à rendre l'à-propos à ces éloquentes paroles du siècle passé [2] : « Nous » avons des lois sur les lois, des lois contre les lois, des lois » sans objet, et beaucoup plus d'objets sans lois, nous avons » des lois inutiles, des lois insuffisantes, des lois oubliées, des » lois contradictoires, des lois dangereuses, des lois impossi- » bles. »

« Ces maladies de la législation ne sont guère sensibles que » lorsqu'elles sont invétérées, c'est quand le corps politique est

[1] Ennaplus, *Vita ædes*, p. 92. — Ἄχθος καμηλῶν πολλῶν. — Tite-Live parle aussi de cet entassement des lois : « Immensarum aliarum super alias acervatarum legum cumulum. » Liv. III, c. 34. — Et Justinien, dans une lettre aux professeurs de droit, évalue à deux mille le nombre des volumes des lois, et à trois millions celui des paragraphes qui les contiennent.

[2] Discours de l'avocat général Servan, prononcé en 1781 devant l'Académie de Dijon, sur le progrès des sciences et de la législation.

» gonflé de lois qu'il s'aperçoit de cet excès; et le plus dange-
» reux symptôme de son mal est de vouloir toujours plus faire
» de nouvelles lois à mesure qu'on aurait plus besoin de re-
» trancher des anciennes, comme l'hydropique dont la soif s'ir-
» rite par l'abondance même de l'eau ». Cela était vrai en 1781 [1], cela n'est-il pas encore vrai pour nous? Cela ne sera-t-il pas plus vrai encore par la suite?

Tristes effets des révolutions! vice profond d'une rédaction incorrecte! la législation vous doit ses encombrements, la jurisprudence ses incertitudes, les savants leurs doutes, les citoyens leur ruine et leur mépris de l'autorité, puisqu'on écrit, qu'on plaide et qu'on juge sans tomber d'accord sur le sens de la loi qui nous régit, que nul ne doit ignorer et que nul cependant ne peut comprendre... O justice du droit, raison écrite des lois, vous êtes plus perfides que le mensonge lorsque la confusion est parmi vous!

14. En résumé. — Le malaise social que nous avons signalé et décrit est un fait incontestable qui se révèle par un double désordre, — le désordre législatif et le désordre judiciaire : — l'entassement irréfléchi des lois et les incertitudes de la jurisprudence.

Tour à tour effets et causes, *la multiplicité des lois* et *les variations* de la jurisprudence paraissent avoir, cependant, une cause commune par *l'obscurité* de la loi même et l'ordonnance vicieuse de ses dispositions; il convient donc, pour ne pas faire fausse route dans l'étude des moyens qui doivent parer aux dangers de la situation, de rechercher leurs causes générales et particulières, de vérifier dans quelle proportion la mauvaise rédaction des lois a pu influer sur leur multiplicité et les fluctuations judiciaires, et de déterminer les caractères génériques des vices de rédaction de nos actes législatifs. — De l'étude des faits nous sommes ainsi conduit à celle des causes.

[1] « Le nombre des lois est déjà si considérable, a dit avec raison un auteur » contemporain, que celui-là mérite le nom de savant qui sait seulement se » retrouver au milieu d'elles et en trouver une lorsqu'il en a besoin. »

CHAPITRE III.

CAUSES DE LA MULTIPLICITÉ DES LOIS ET DES INCERTITUDES DE LA JURISPRUDENCE.

15. De la multiplicité des lois. — Opinions de l'antiquité.
16. Causes nécessaires et fatales de la multiplicité des lois.
17. Causes contingentes de la multiplicité des lois. — (*a*). Mode de confection et de discussion des projets de lois.
18. (*b*). Abrogations indéterminées par voie de dispositions générales.
19. (*c*). Enchaînement indivisible et systématique des articles des lois.
20. (*d*). Obscurité ou ambiguïté des lois.
21. Des variations de la jurisprudence. — Ses causes.
22. (*a*). Incertitudes relatives à l'esprit de la loi.
23. (*b*). Incertitudes relatives à sa lettre. — Vices de mots, vices de phrases.

15. *De la multiplicité des lois.* — « Il pleuvra sur eux des » filets, dit le prophète, or, il n'est pas de pires filets, ajoute le » savant chancelier Bacon, que le filet des lois, car lorsque » leur nombre est exagéré et que le laps de temps les a rendues » inutiles, ce n'est plus une lanterne qui éclaire notre marche, » mais un filet qui embarrasse nos pieds [1]. » Nul ne conteste les dangers de la multiplicité des lois, ils sont immenses. — L'important est d'en découvrir les causes afin d'en déduire les moyens efficaces d'y parer.

« *A corruptissima Republica plurimæ leges!* » s'écrie le grand historien de la décadence romaine, en ses *Annales de l'Empire.* « Où il y a beaucoup de médecins, il y a beaucoup de malades, » observe à son tour le philosophe Arcesilas [2], de même où il y » a beaucoup de lois, il y a beaucoup de vices [3]. »

Cette opinion de l'antiquité et de ceux qui de confiance ont pensé d'après elle, nous paraît inexacte et nous ne la partageons pas... Si la multiplicité des lois fut à Rome la suite de la corruption des mœurs et du gouvernement, il n'en est plus de même aujourd'hui que les conditions sociales et économiques

[1] Bacon, *De justitiâ*, aph. 53.

[2] Arcesilas, né à Pitane en Étolie, fut à Athènes le chef de l'école philosophique dite *acataleptique*, qui refusait toute certitude à l'expérience des sens.

[3] « La multiplicité des lois prouve toujours, choses égales, la mauvaise » constitution du gouvernement; car comme on ne les fait que pour réprimer » les injustices et les désordres, il suit que dans l'État où il y a le plus de » lois, il y a le plus de déréglement. » (Article signé par M. le chevalier de Jaucourt, extrait de l'*Esprit de l'Encyclopédie*, publié en 1822, v° *Loi*.)

des peuples ont changé. La pensée de Tacite et du philosophe grec est ainsi trop absolue pour être vraie; elle ne tient en effet compte ni des progrès, ni des révolutions qui modifient si profondément les mœurs, les lois et la forme des empires.

16. Le nombre des lois en France s'est considérablement accru depuis le commencement du siècle : leur augmentation et leur mobilité n'a rien qui doivent surprendre la génération de cette époque. — Elle connaît sa propre histoire, son histoire en dit le secret.

Individuel ou collectif, l'homme, nous le savons, n'est point un être parfait, ce n'est qu'en s'améliorant qu'il perfectionne ses œuvres, ce n'est que par les voies alternatives du bien et du mal qu'il rencontre l'expérience, découvre les conditions constitutives de la vie sociale, les règles économiques de la richesse, de l'ordre et de la liberté, et se prépare ainsi des lois *meilleures et nouvelles*.

A mesure que l'horizon de ses connaissances s'aggrandit, ses mœurs changent, ses aspirations s'élèvent, il pressent et crée de nouveaux rapports, il modifie ou combine d'une manière inattendue les rapports existants, il étend le cercle de ses relations par les progrès matériels et moraux de la vie individuelle, et les intérêts qui se réalisent ainsi à la suite du développement fécond de sa moralité, de ses lumières et de son bien-être demandent à leur tour à des *lois nouvelles* la garantie de leur conservation.

Mais le calme plat n'est qu'un accident de l'Océan, les nations comme les flots subissent la perturbation des courants et la nécessité des tempêtes, et voilà que les crimes, ces révoltes des passions contre l'ordre moral, les guerres avec leurs conquêtes, leur propagande armée et leurs alliances, les révolutions politiques avec leurs réformes et leurs violences, les révolutions industrielles ou commerciales avec leurs crises imprévues et leurs souffrances profondes, viennent tour à tour ajouter des *feuilles nouvelles* au livre des lois, que l'équilibre rétabli viendra modifier encore.

La multiplicité des lois, on le voit, accuse donc bien plus les progrès et le mouvement des nations que le développement de leurs vices et de leurs déréglements.

Les progrès, les révolutions et les abus sont ainsi, en général, les causes *fatales et nécessaires* des lois *nouvelles*, mais il

en est d'autres que par opposition nous appelerons *contingentes* et que l'on peut facilement éviter.

17. (*a*). Signalons au premier rang de ces dernières, le mode vicieux de leur confection de 1815 à 1852 [1], il nous suffira, pour ne pas nous répéter, de donner à ce sujet la parole à M. de Cormenin; voici comment il apprécie la rédaction législative du système parlementaire : « La législation du régime » représentatif n'a que trop souvent le défaut d'une délibération » emportée au milieu des passions tumultueuses de la tribune; » souvent de prétendus amendements improvisés avec étourde- » rie et adoptés par acclamation, bouleversent l'économie de » la loi et ne se trouvent plus en rapport soit avec son principe, » soit avec les articles qui les suivent ou les précèdent, ce qui » fait que la loi est sujette à manquer d'unité dans son ensem- » ble, de clarté dans sa rédaction et d'efficacité dans son » but [2] », et qu'en fin de compte il en faudra refaire *une autre*, qui, n'étant pas elle-même plus parfaite, en réclamera *d'autres à son tour*. — La constitution de 1852, en supprimant la tribune parlementaire, a fait justice de cette première cause de l'augmentation des lois [3].

18. (*b*). Ce qui provoque ensuite, mais indirectement l'accroissement des lois, c'est l'emploi si malheureux, si obstiné de cette formule qui, disant trop ou trop peu, laisse tout à faire à la jurisprudence : *les lois contraires sont abrogées.... les lois non contraires à la présente loi seront exécutées.*

In cauda venenum ! était-il observé dans la préface de notre Code annoté de la presse, cette disposition finale, toujours inutile, est souvent dangereuse, car faute de mentionner ces lois contraires elles sont parfois exécutées, mais à la façon d'un criminel qu'on décapite, en tranchant par des solutions arbitraires les difficultés que ces *abrogations générales* soulèvent à chaque instant. — « Vestiges des temps d'ignorance, comme dit à ce sujet le sa- » vant criminaliste, M. Bonneville de Marsangy, ou refuge de

[1] Nous n'avons pas à examiner ici s'il vaut mieux confier la confection des lois et surtout la révision de la législation à une seule tête, ou en occuper une assemblée; nous recommandons à ce sujet la manière de voir de M. Rossi dans les *Éléments de droit pénal.*

[2] Introduction à la 5e édition du *Droit administratif.*

[3] C'est le conseil d'État, comme sous le premier empire, qui prépare, rédige et discute aujourd'hui les lois.— Const., art. 50, 51. — Le Corps législatif est appelé seulement à les voter, mais sans amendements, art. 39 et 40 Constit.

» la paresse, cette formule est une source d'intarissables confu-
» sions que l'on devrait à tout jamais bannir du style législatif. »

Les lois contraires sont abrogées, qui mieux que le législateur doit les connaître, qui mieux que lui peut les indiquer, n'abdique-t-il pas en confiant ce soin à la jurisprudence dont les décisions arbitraires ou les conflits exigeront plus tard *des lois nouvelles*.— « C'est ainsi que, par une destinée fatale, la marche de la législa-
» tion est comme celle d'un homme qui court toujours devant lui
» sans regarder un seul instant en arrière. — Telle est la cause
» de cette immense multitude de lois qui accablent tous les tri-
» bunaux de l'Europe [1] ».

19. (*c*). Allons plus loin.— Des progrès, une révolution, des abus, peu importe, appellent une nouvelle loi; — elle n'a, cela se voit souvent, qu'un cas particulier pour objet qui, avec deux ou trois mots de plus ou de moins, pourrait être compris dans une loi antérieure. — Comment procédera-t-on? Reprendra-t-on en sous-œuvre les lois existantes sur la matière? — Mais les lois existantes se prêtent mal à l'incorporation d'un mot, d'une phrase, d'un article; elles sont de toutes pièces, le moindre changement altérerait leur harmonie ou fausserait leur système, en présence surtout de la jurisprudence constante que l'on risquerait ainsi de troubler par contre-coup; le mieux sera donc d'en faire une autre, et voilà comment une *loi nouvelle* a, d'autre part, pour cause l'absence de méthode dans la rédaction et le classement des lois.

Cette impossibilité de modifier les lois anciennes ne vient-elle pas en effet de ce que l'on a construit un tout systématique; artificiel et fermé à toute modification? Or le procédé législatif qui sacrifie à l'enchaînement indivisible des articles leurs futures améliorations est un procédé vicieux qui, pour sa grande part, pousse à l'augmentation des lois.

Les lois ne doivent pas être l'exposition d'un système ou d'une théorie, mais la table nette et précise de nos règles d'actions, de ce qui est permis et de ce qui est défendu [2]; — que les ordres et les prohibitions, en vue du but perpétuel des hommes

[1] Filangieri, *Science de la législation*.

[2] Il y aurait peut-être lieu de faire une exception pour les lois de procédure, où l'exposé méthodique d'un système à créer est toujours plus ou moins une nécessité. C'est un mécanisme particulier dont les rouages sont réunis et sont forcément dépendants les uns des autres.

et des sociétés, soient reliés entre eux par une raison supérieure, au lieu d'être enchaînés par les liens de la série numérique ou d'un artifice quelconque, et les corollaires de l'avenir trouveront leurs places naturelles à côté des règles du passé. — Que les divers articles des lois soient comme les rayons *indépendants* et séparés d'une même lumière, et les lois ne résisteront plus à l'introduction des émanations nouvelles de leurs principes communs, la justice et la raison.

20. (*d*). Une dernière cause, la moins étudiée, peut-être, bien que la plus saillante de l'augmentation des lois se rencontre dans l'*obscurité* et l'*ambiguïté* de leur rédaction.

Obscure ou ambiguë, la loi n'existe plus, et la jurisprudence qui l'interprète et la tord dans ses décisions controversées se fait règle ou finit par demander *une loi nouvelle* pour ne pas aggraver outre mesure les dangers de ses funestes variations.

Mais qu'elles sont les causes de cette obscurité et de cette ambiguïté? L'analyse des causes particulières des incertitudes de la jurisprudence va répondre à cette question. — Elle y répondra en déterminant les vices de rédaction que pourra seule proscrire l'adoption des formules rationnelles dont les lois doivent, à l'avenir, subir l'inexorable précision pour conjurer les *causes contingentes* de leur confusion et de leur entassement.

21. *Des variations de la jurisprudence.* — Les causes de l'anarchie judiciaire que nous avons précédemment constatée ne sont pas infinies comme les textes qui la font naître; elles ont des points communs, et bien qu'à tout prendre, elles ne soient point indépendantes les unes des autres, on peut les étudier à un double point de vue.

Les variations de la jurisprudence semblent en effet pouvoir se rattacher à deux genres distincts d'obscurités et se rapporter, suivant la nature même des lois, en deux catégories d'incertitudes:

1° Les incertitudes relatives à *l'esprit* de la loi,

2° Les incertitudes relatives à *la lettre* de la loi.

22. (*a*). L'esprit de la loi (*ratio legis, mens legis*) peut être incertain ou méconnu, soit:

1° Parce que la loi a laissé ignorer son *motif* ou son *but* déterminant[1].

Le motif de la loi doit résulter de la loi même. Mais[2], *bonus*

[1] Car la loi peut être fondée sur un ou plusieurs motifs.

[2] « Le motif de la loi doit résulter de la loi même; il n'est pourtant pas né-

quoque dormitat Homerus, le législateur s'est oublié comme le grand Homère, et la raison écrite paraît écrite sans raison; — le précepte semble viser des buts opposés et se diriger vers des corollaires inconciliables; — il s'est endormi, et, prenant le change sur la voie, il a suivi la logique apparente d'une exception qui s'est substituée au principe, d'un cas particulier qu'une transposition d'idée a mis au lieu des faits généraux qu'on avait en vue, et c'est ainsi que l'interprétation et la controverse tireront plus tard des conséquences de ce qui s'est introduit contre la raison du droit : *et quæ introducta sunt contra rationem legis trahuntur ad consequentias.*

2° Parce que les *moyens* de la loi répondent mal au but ou sont inefficaces; — à côté des lois sans motifs, voici des lois privées de sanction, manquant le but ou ne l'atteignant qu'en partie : de là forcément des lacunes que l'analogie avec toutes les ressources des subtilités judiciaires cherchera à combler aux dépens peut-être de la loi ou de l'équité.

3° Parce qu'enfin le précepte énoncé d'une manière vague, dans ses moyens et dans son but, présente un sens obscur, équivoque ou ambigu : — c'est alors que la science du commentaire accompagné de l'attirail scolastique de l'interprétation *grammaticale* ou *logique* apparaîtra pour rechercher la pensée législative égarée au milieu des ténèbres de sa parole.

Les débats sont ouverts : les docteurs à la barre, théories sur théories, livres sur livres, ont lutté à l'envi dans une interminable controverse, l'esprit incertain de la loi a été tour à tour demandé au droit romain, au droit féodal et aux coutumes, aux discours et au silence des rapporteurs et des orateurs; on a argumenté de la rédaction primitive, du rejet des amendements, de l'intitulé de la loi, de la place des mots, des points et des virgules, mais le vague est toujours en haut, la dispute en bas et la confusion partout, que décideront les juges?... — Les uns prononceront d'après le but rationnel du législateur dont l'intention semble résulter d'une loi postérieure ou des maximes générales du droit commun; d'autres se fonderont sur les motifs générateurs de la loi qu'ils rechercheront dans l'historique de sa confection, l'étude des circonstances progressives ou

» cessaire qu'il soit présenté en termes formels; il suffit qu'il résulte claire-
» ment de la loi, et qu'il soit le seul qu'on puisse lui assigner. » (Malher de Chassat, *De l'interprétation des lois*, p. 136.)

accidentelles qui lui ont donné naissance, suivant les mœurs et la constitution de l'État[1]; puis, distinguant les *motifs* de la loi, c'est-à-dire l'ensemble des causes prochaines ou éloignées qui l'ont provoquée, *ratio legis*, de la *décision légale* (détermination ou volonté réalisée, *mens legis*) du législateur[2], on ira se perdre dans les abstractions où s'élaborent les règles de l'interprétation *extensive, restrictive, déclarative*, par parallélisme..., etc., etc., des docteurs allemands[3]. — Ici, invoquant le bon sens, l'analogie ou les principes supérieurs de l'équité naturelle, des nécessités sociales et de l'humanité, on fera de la législation pour suppléer au droit; — là, en s'étayant de la qualité de la loi, de son objet, des parties qui l'environnent, du style employé ou des usages, on fera dire au texte tourmenté plus ou moins qu'il ne voulait dire, et de part et d'autre on touchera quelquefois aux extrêmes de l'absurde sans découvrir le sens caché de l'article ambigu. — Et tout cela, il faut bien le reconnaître, parce que le législateur aura négligé d'indiquer clairement le but qu'il voulait atteindre et les principes qui l'ont inspiré. — Tout cela pour avoir procédé SANS MÉTHODE dans la rédaction de la loi.

23. (*b*). La lettre de la loi : — Celui qui pense juste et qui s'exprime bien dit tout ce qu'il veut dire et rien que ce qu'il veut dire; — le législateur ne devrait jamais l'oublier; mais que de fois sa main a mal retracé sa pensée!

La lettre de la loi peut être obscure ou équivoque, soit :

1° Parce que le législateur a choisi des termes impropres qui excédaient le sens de la loi ou n'exprimaient pas tout ce qu'elle devait dire. — Vices de mots.

[1] C'est ce qu'on nomme l'interprétation par l'histoire. — V. Thibaut, *De l'interprétation des lois*; — Eckard, *Hermeneutica juris*, lib. I, ch. 1, § 34. — Sur l'usage de l'histoire pour découvrir le motif des lois, V. Malher de Chassat, *loc. cit.*, p. 125.

[2] « Nulle part, dit M. Thibaut, *loc. cit.*, on ne rencontre plus de contradiction entre la pratique et la théorie que sur la question de savoir comment le dispositif de la loi est susceptible d'extension d'après son motif; et la cause vient du défaut de détermination précise du *motif de la loi* opposé au *motif* de la décision légale. » Et M. Malher de Chassat poussant plus loin encore, distingue le motif ou raison de la loi, du sens, de la volonté et du dispositif de la loi (*ratio legis* et *mens legis*), en reconnaissant toutefois que la volonté de la loi est tellement liée à son motif, que les auteurs l'identifient avec lui et le prennent sans cesse l'un pour l'autre. (*Loc. cit.*, p. 127 et 128.)

[3] V. sur ces distinctions MM. Thibaut, Eckard, Malher de Chassat.

2° Parce que son précepte, embarrassé dans une construction irrégulière, était énoncé d'une manière vague ou amphibologique. — Vices de phrases.

Le célèbre publiciste anglais, Jérémie Bentham, avait, avant nous, en d'autres termes, distribué, sous quatre classes, les défauts du style que nous signalons. — C'est une autorité. Je cite :

« La volonté du législateur ne sera point placée dans l'esprit des citoyens, ou n'y sera pas exactement :

» 1° Lorsque les paroles de la loi ne présentent pas des propositions intelligibles ;

» 2° Lorsqu'elles ne présentent qu'une partie de l'idée qu'on a voulu faire naître ;

» 3° Lorsqu'elles présentent une proposition différente de celle qui était dans l'intention du législateur ;

» 4° Lorsqu'elles renferment des propositions étranges conjointement avec la proposition principale.

» Les défauts de style peuvent donc se rapporter à quatre chefs : proposition inintelligible, proposition équivoque, proposition trop étendue, proposition trop restreinte[1]. » — Réunis deux à deux, ces quatre chefs rentrent dans la division du double vice de la lettre des lois.

Vices de mots et vices de phrases ; telles sont les imperfections de langage que l'on doit classer parmi les causes contingentes des incertitudes de la jurisprudence, qu'il s'agit désormais d'éviter et de réduire au nom de la sécurité sociale, l'ordre, et de la sécurité de chacun, la justice. — N'est-il pas en effet de l'intérêt général que la loi soit claire, précise et certaine?

Que son verbe soit à son esprit comme le corps est à l'intelligence, afin qu'il apparaisse dans ses lignes les plus nettes à travers le vêtement qui doit nous le manifester. — Fixez le sens des mots, car si vous l'abandonnez aux fluctuations du langage, sait-on bien jusqu'où la pensée de la loi peut être entraînée par les fantaisies d'une lettre capricieuse dont l'usage modifie à chaque instant les mobiles contours? — Il le faut, car la loi doit être certaine, « et il importe tellement qu'elle le soit, dit » l'auteur de la dignité et de l'accroissement des sciences, que

[1] « Je me servirai pour exemple, ajoute Bentham, d'une loi citée par Puffendorf. »

» sans cette condition elle ne peut être juste; — « Si la trompette ne rend qu'un son incertain, qui se préparera à la » guerre? » De même si la loi n'a qu'une voix incertaine, qui se » préparera à lui obéir[1]? » — « Qu'ils daignent réfléchir, dit » Bentham, sur les causes de l'incertitude et de l'obscurité des » lois, ces beaux esprits en législation, qui croiraient déroger » aux droits du génie en s'abaissant scrupuleusement au soin » des mots! — Tels mots, telle loi. Fait-on les lois autrement » qu'avec des mots? Vie, liberté, propriété, honneur, tout ce » que nous avons de plus précieux, dépend du choix des mots. »

Nous reviendrons plus loin sur ce sujet en traitant des conditions du style et de la rédaction des lois.

La multiplicité des lois et les variations de la jurisprudence ne nous paraissent pas avoir d'autres causes que celles que nous venons d'énumérer, si elles s'expliquent, ainsi qu'il est facile de le voir, par l'absence d'une méthode rationnelle pour la rédaction et le classement des lois; on devine d'avance les conditions qu'une pareille méthode devra remplir pour les faire disparaître; on devine surtout qu'à chacune de ces causes elle devra opposer des règles correspondantes et péremptoires, dont l'emploi et l'habitude préviendront le retour des imperfections signalées. Ce n'est pas encore ici le lieu de les exposer; qu'il nous suffise de reconnaître, néanmoins, pour terminer et résumer les détails de ce chapitre, que ce ne pourra être :

1° Qu'en renonçant aux formules générales d'abrogation (V. n° 18);

2° Qu'en adoptant le système plus simple de la rédaction indépendante des articles de lois et un classement plus rationnel des matières (V. n° 19);

3° Qu'en ne laissant aucun doute sur les motifs et le but de la loi (V. n° 22);

4° Qu'en écartant les termes impropres, les locutions vagues ou figurées par la définition claire des mots qui doivent le mieux rendre la pensée législative (V. n°s 20 et 23, 1°);

5° Qu'en précisant enfin le caractère particulier et la portée de chaque prescription par l'emploi de la formule rationnelle que nous nous proposons de déduire de la triple nature des rap-

[1] Bacon, *De justitiâ*, aph. 53.

ports qu'elles règlent, du pouvoir qui les donne et du sujet qui les reçoit (V. n° 23, 2°).

A ces conditions, la loi sera *certaine* et *précise*, ainsi que doit être la loi. G. ROUSSET.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

ÉTUDES SUR LE CODE CIVIL.

NOTION DE L'HÉRÉDITÉ ET DE LA SAISINE DES HÉRITIERS LÉGITIMES.

Par M. A. Hureaux, juge à Charleville.

(*Suite*[1].)

SECTION II.

De la saisine passive. — Sens de la règle : Nul n'est tenu d'accepter une succession qui lui est échue (*C. Nap., art.* 775).

32. *Méthode.* — Nous venons de voir ce que c'est que *la saisine active*, et nous avons indiqué quelques-uns des avantages qu'elle procure à l'héritier saisi. Nous allons maintenant expliquer les rapports du successible avec les créanciers de la succession. La saisine se divise, en effet, en deux branches distinctes : ou l'héritier est *demandeur*, ou il est *défendeur*.

Demandeur, il invoque les bénéfices qui résultent pour lui de la saisine *active*; *défendeur*, il subit les conséquences de l'événement qui l'investit de l'hérédité, et alors sa saisine est *passive*.

S'il jouit des avantages, il doit supporter les inconvénients; cela est évident. Mais ce qui, en pure théorie, semble devoir aller de soi, se complique dans l'exécution par suite du principe national qui ne reconnaît pas en France d'*héritiers nécessaires*. C'est donc du conflit de la règle *le mort saisit le vif*, avec celle qui lui sert de contre-poids, *n'est héritier qui ne veut*, que naissent toutes les difficultés de la matière.

Comme ce point capital dans le système de la loi a été suivant nous, *au moins théoriquement*, l'écueil des interprètes et

[1] V. t. VIII, p. 315.

de la pratique, nous reprendrons les choses *ab ovo* pour les conduire jusqu'à nos jours.

Cela est d'autant plus nécessaire que les plus graves difficultés que l'on rencontre dans l'interprétation du chapitre V du titre des successions, sont venues du mélange parfois hétérogène du droit romain avec les origines françaises.

Nous allons donc nous fixer d'abord sur la base du droit romain en cette matière, puis nous exposerons historiquement le système généralement admis aujourd'hui, pour ensuite passer l'histoire et à l'établissement, sous le Code Napoléon, de celui que nous croyons le seul conforme à la loi, et même le seul admissible en théorie, à moins que l'on ne change les fondements du titre des successions.

33. *Droit romain.* — A. *L'esclave héritier nécessaire* est protégé contre les conséquences de l'acquisition de l'hérédité par la *séparation des patrimoines* [1]. Cette théorie n'ayant de rapports avec notre droit qu'en ce qui touche le *bénéfice d'inventaire*, nous n'avons pas à nous en occuper ici. Notons seulement que l'idée d'une *renonciation* était incompatible avec l'institution des héritiers nécessaires.

B. *L'héritier sien et nécessaire* se confond avec l'héritier français sous certains rapports, en ce sens que ce dernier peut être assimilé à l'*héritier sien* relativement à l'acquisition *de l'hérédité active*; mais il en diffère en ce qu'il n'est pas *héritier nécessaire*. Ce n'est pas ici le lieu de traiter les graves difficultés que soulève la théorie du *sui hæredes* : théorie que les interprètes connaissent sous le nom de *suitas*. Il nous suffira de dire que pour être *héritier sien*, il faut se trouver dans la catégorie des copropriétaires de la *familia*, c'est-à-dire des fils de famille, des hommes libres en puissance : les *agnats* appelés à la succession n'étaient pas *héritiers siens* [2].

Or l'héritier *sien et nécessaire* acquiert l'hérédité *ipso jure*, même malgré lui, au moment même du décès; et comme la

[1] Au n° 322 (*in notâ*) de la première série de nos Études, il s'est glissé une erreur d'impression. Il faut lire : *La séparation, chez les Romains, ne regardait pas seulement les créanciers des successions; elle était encore admise dans d'autres cas, c'est-à-dire que les successeurs eux-mêmes, et non pas seulement les créanciers, pouvaient quelquefois invoquer le bénéfice.*

[2] Doneau, *Comm. de jure civili*, liv. VII, cap. 2-5, et surtout la note de Hilliger où cette matière est traitée avec la citation des opinions divergentes des docteurs. — Gaius, II, §§ 156 et suiv.

qualité d'héritier est indélébile, suivant la règle *semel hæres semper hæres*, il reste toujours héritier aux yeux de la loi civile[1]. Mais le préteur vient à son secours en lui reconnaissant le droit de s'abstenir. Si donc l'héritier *sien et nécessaire* ne fait aucun acte d'immixtion dans les biens de la succession et s'il n'en détourne rien, il jouit du bénéfice d'*abstention* dont la théorie aboutit à ce point fondamental que *le préteur ne considère plus l'héritier sien et nécessaire comme un héritier*[2].

De là il résulte : 1° que l'héritier *sien* ne profite ni ne souffre en réalité de la vocation forcée; 2° que par conséquent il est mis à l'abri des poursuites des créanciers, en ce sens que le préteur ne leur délivre pas d'actions contre lui.

Comme c'est à celui qui invoque la déchéance du bénéfice à prouver sa prétention, l'héritier *sien* n'est pas tenu de faire la preuve de son *abstention*[3].

Du reste, les Romains paraissent avoir été très-larges en cette matière : le bénéfice d'abstention n'empêche pas l'héritier de profiter de ce qui reste, les créanciers payés. Les impubères, malgré des faits d'immixtion, obtiennent le bénéfice; et quant aux *pubères*, ils peuvent se faire restituer en entier, suivant les circonstances[4].

C. *De l'hæres extraneus.* — Nous avons dit que *les héritiers étrangers*, c'est-à-dire les héritiers autres que les héritiers nécessaires, n'étaient saisis au moment du décès que du droit d'acquérir l'*hérédité*[5]; ce que le Code Napoléon appelle *adition*[6] n'est nullement, dans la théorie de la *saisine active*, l'*adition de l'hæres extraneus*, au moins pour le fond du droit; car, comme nous l'avons déjà remarqué, l'acquisition de l'hérédité résulte dans notre législation non pas de l'acceptation qui ne fait rien acquérir, mais bien de la *saisine* qui suppose fictivement l'*adition* consommée au moins provisoirement, *toutes les fois qu'il s'agit de l'intérêt de l'héritier saisi.*

Mais ce n'est pas à dire pour cela que l'*hæres extraneus* ne

[1] V. Gaius, *Comm.*, II, 156. — Ulpien, XXII-XXIV.

[2] Prætor eum qui abstinuit non habet hæredis loco. (L. 12, ff., XI, 1.)

[3] V. cependant Brunnemann et les docteurs qu'il cite dans ses commentaires sur la loi 20, ff., *De acquir. vel amitt. hæreditate;* mais V. Mackeldey, *Instit.*, § 681, note 9.

[4] V. L. 11, 12, 57, ff., lib. XXIX, 2. — Gaius, *Comm.*, II, § 163.

[5] V. *suprà*, n°s 7, 22.

[6] C. Nap., art. 779.

puisse renoncer au *jus succedendi*, répudier de suite le droit d'acquérir résultant de sa vocation, et dont il est saisi au moment même du décès. Les Romains connaissaient donc aussi une espèce de *répudiation*, et il est remarquable que la *renonciation* du Code Napoléon présente, au fond des choses, tous les caractères de la *répudiation romaine*, sauf les questions de forme et celles qui se rattachent aux *institutions d'héritiers* par testaments.

Or l'expression de la volonté se traduit, *en droit romain*, 1° par *le silence*. C'est la conséquence forcée d'un système sous lequel l'héritier n'acquiert l'hérédité que s'il va la trouver. Chez nous, *le silence* devrait logiquement avoir un effet tout contraire au silence de l'héritier romain, puisque l'héritier est saisi sous la condition *s'il ne renonce pas toutes les fois qu'il s'agit de son intérêt*. Le silence, sous le Code Napoléon, devrait se confondre principalement avec la prescription *du droit de renoncer*, tandis qu'en droit romain le silence, au moins dans certains cas, aboutit à la déchéance du droit d'acquérir l'hérédité : ce qui est bien différent[1]. Toutefois, en droit français, le silence produit l'*abstention*, et l'abstention a pour effet de mettre l'héritier saisi à l'abri des poursuites des créanciers, si elle se continue utilement pendant trente ans (C. Nap., art. 775-789); car on ne peut, en règle générale, rétorquer la règle *le mort saisit le vif contre lui*, comme je le démontrerai plus tard. De sorte que *le silence* finit en réalité par aboutir au même résultat dans les deux théories, quoique par des raisons bien différentes. C'est ce que nous verrons dans la suite, lorsque nous traiterons *de la prescription du droit de renoncer*. 2° Par la *répudiation*, que l'on appelle aussi l'*omissio hæreditatis*[2], la *prætermissio*[3], la *recusa-*

[1] Hilliger regarde cet événement comme un *rêve* de Doneau (V. *Comm.*, lib. VII, cap. 7, III, note 2). Le *silence*, dit-il, n'a pas pour effet de faire perdre le droit héréditaire, mais seulement de faire que l'hérédité n'est pas acquise actuellement. Cela est sans doute vrai en principe, car le *jus succedendi* en lui-même ne s'éteignait pas par le temps, quoique le Code Napoléon ait suivi l'opinion de ceux qui professaient une doctrine contraire (art. 789, 790); mais il n'est pas moins vrai qu'au cas d'institution avec *crétion*, le silence de l'institué lui faisait perdre le *jus adeundi* si l'adition n'était pas faite dans le délai accordé pour faire crétion sous peine d'exhérédation (V. Gaius, II, §§ 165, 177, 178). Voilà pourquoi nous mettons le silence au nombre des moyens de manifestation de la volonté du successible.

[2] L. 60, ff., *De acquir. vel amitt. hæreditate.*

[3] L. 59, *eodem titulo.*

tio [1], mais plus souvent la *repudiatio* [2]. Quoique toutes ces expressions appartiennent au même ordre d'idées, il existe cependant quelques différences entre la *repudiatio* et la *recusatio*, dont la principale est que la *repudiatio* se fait solennellement *in jure* dans le cas d'institution *avec crétion* [3], tandis que la *recusatio* se fait d'une manière quelconque, *quoquo modo*, et *jure* dans les autres cas [4]; ce qui permet de la faire par lettres [5], *scripto vel nutu*, s'il s'agit, par exemple, d'un absent, d'un muet ou d'un sourd.

Ainsi, il est certain que l'*hæres extraneus* qui ne veut pas être héritier a la faculté de répudier l'hérédité qu'il pourrait acquérir par l'adition [6]. La *répudiation* est donc l'acte contraire à l'*adition*. Ces deux actes se faisaient avec solennité dans les institutions *avec crétion*. Dans les autres cas, l'*adition* et la *répudiation* pouvaient avoir lieu sans solennité [7].

L'effet principal de la répudiation consiste en ce que l'héritier volontaire, qui répudie perd l'hérédité (*hæreditas dans le sens subjectif*), c'est-à-dire le droit d'acquérir l'hérédité (*hæreditas dans le sens objectif*), puisque, jusqu'à l'*adition*, il n'a encore qu'une espérance fondée sur sa vocation. Il repousse donc, par sa répudiation, non pas l'hérédité acquise, mais la délation elle-même de l'hérédité, le *jus succedendi*, et il s'interdit ainsi pour l'avenir le droit de pouvoir acquérir l'*universalité juridique*, l'*universum jus defuncti* [8].

Voilà l'effet principal de la *repudiatio*. Il est inutile que nous nous occupions des moyens employés par le sénatus-consulte Trébellien pour empêcher la répudiation de nuire, contre la volonté du testateur, aux personnes appelées par le défunt à un autre titre que celui d'héritiers proprement dits. Il ne s'agit pas

[1] Paul, L. 95, *eod. tit.*

[2] V. L. 13, 15, 18, *eod. tit.*

[3] L. 4, ff., *De rep. hæred.*

[4] L. 95, ff., *De acquir. vel amitt. hæred.* — V. Cujas, Parat. sur le titre *De acquirenda vel amittend. hæred.*, et sa récitation sur la loi 3, ff., *De reg. juris.*

[5] L. 6, ff., pr. *ad Trebell.* — V. sur ce point Hilliger sur Doneau, *Comm.*, lib. VII, cap. 7, III, arg. du tit. 19, lib. II, *Inst. de Just.*, § 7.

[6] Is potest repudiare qui et adquirere potest. (Paul, L. 18, ff., *De acq. vel amitt. hæred.*

[7] V. Gaius, *Comm.*, II, §§ 167, 168. — *Instit. Justin.*, lib. II, tit. 19, *De hæred. quælit. et diff.*, § 7.

[8] L. 4, au Code *De rep. hæred.*

alors du fait de l'héritier envisagé en lui-même, mais de considérations particulières qui font regarder sous certains rapports, contre les conséquences du droit commun, la répudiation comme non avenue.

Toute cette théorie s'applique aux *bonorum possessores*, quoique nous devions faire remarquer que l'appelé par le préteur à la *possession* des biens ne peut acquérir le *jus succedendi* (l'*hérédité dans le sens subjectif*) qu'autant qu'il est admis par le magistrat [1]. Il peut donc, comme l'héritier ordinaire, renoncer au bénéfice du droit prétorien par une *repudiatio*, et perdre ainsi pour l'avenir le droit d'obtenir la possession des biens [2].

34. *Ancienne jurisprudence.* — L'ancienne jurisprudence française admit sans difficulté le droit de renoncer aux successions échues. Elle permit même les renonciations à successions futures, surtout par contrats de mariage [3]; mais comme ces renonciations avaient pour objet principal de favoriser les mâles au préjudice des filles, elles blessaient trop gravement le principe de l'égalité pour que la révolution pût les conserver dans la législation. Aussi les dispositions des anciennes coutumes sur ce point, déjà abolies par la loi des 8 et 15 avril 1791, furent-elles définitivement proscrites par le Code Napoléon [4].

Nous n'avons donc à nous occuper que des renonciations aux successions ouvertes.

35. La règle qui servait de contre-poids à la maxime *le mort saisit le vif*, se formulait de la manière suivante : *n'est héritier qui ne veut* [5].

Ce tempérament de l'investiture légale de l'article 724 du Code Napoléon est l'une des bases fondamentales du système; mais a-t-il aujourd'hui la signification qu'il avait autrefois? C'est une question qui paraît très-délicate sous le Code Napoléon, et dont la solution dans le sens de l'affirmative ou de la négative aura

[1] Instit. de Justinien, *De bonorum poss.*, lib. III, tit. 9, § 10. — L. 9, eod., *Qui admitti ad bonorum poss. possunt et intra quod tempus.*

[2] Argument de la loi 1, §§ 6 et 10, ff., *De successorio edicto.*

[3] L'origine de ces sortes de renonciations vient du droit germanique. (V. Heinneccius, *Elementa juris Germanici*, lib. II, tit. 9, § 161.

[4] Art. 791. V. sur cette matière Lebrun, *Traité des successions*, liv. III, chap. 8, sect. 1, nos 1, 15 et 16, et surtout les notes du président Espiart.

[5] V. sur cette règle Loisel, *Instit. coutumières*, n° 318. — Poquet de Livonnière, *Règles du droit français*, liv. III, chap. 1, n° 9. — Paris, art. 316.

cependant les plus graves conséquences sur la théorie que nous devrons adopter.

Nous allons donc rechercher l'origine de la règle *n'est héritier qui ne veut;* nous la suivrons pas à pas jusqu'au Code Napoléon, et nous verrons si la loi a réellement consacré un système autre que celui de nos anciens coutumiers.

36. Quelle est l'origine de cette règle?... Nous ne la voyons nulle part formulée dans les termes ci-dessus rappelés, ni dans les lois romaines, ni dans les lois barbares [1].

Ce qu'il y a de certain, c'est que les Francs, et généralement les nations germaniques, ne paraissent pas avoir connu, et dans tous les cas n'ont jamais pratiqué l'institution des *héritiers nécessaires.* Tous les héritiers étaient *volontaires;* ils pouvaient donc répudier l'hérédité. Bien plus, la répudiation de la succession se faisait le plus souvent avant la mort du chef de famille. C'est probablement de là que sont venues *les renonciations à successions futures* de l'ancienne jurisprudence [2].

Mais peu nous importe l'origine du brocard : *nul n'est héritier qui ne veut;* ce que nous devons rechercher surtout, c'est son sens, sa portée et son étendue.

Or, dans l'ancienne jurisprudence, nous remarquons une scission profonde entre les praticiens, *d'une part,* et les juriscon-

[1] V. cependant la loi 16, au Code *De jure deliberandi nec emere, nec donatum adsequi, nec damnosam quisquam hæreditatem adire compelletur.* C'est probablement de là qu'est venue la formule : *Nemo est hæres invitus, n'est héritier qui ne veut.* L'article 775 du Code Napoléon paraît même avoir voulu traduire la loi romaine précitée. Lorsqu'on recherche l'origine des *brocards* en usage dans les tribunaux, on voit que la plupart d'entre eux nous sont venus des époques postérieures. La *saisine* n'est pas non plus formulée dans les lois barbares par la règle *le mort saisit le vif,* quoiqu'elle y existât certainement. C'est à l'école des glossateurs, et surtout à l'école de Barthole et de Balde et des vieux coutumiers des XIIIe et XIVe siècles qu'il faut faire remonter l'origine de ces formules sententieuses qui se sont perpétuées dans les habitudes du barreau.

La grande Glose en renferme des quantités prodigieuses. Il n'est donc pas étonnant que la tradition les ait conservées, et qu'à chaque instant on s'apostrophe, dans les luttes judiciaires, par un *brocard* dont on ne soupçonne guère l'origine, ni même parfois le véritable sens. Cet usage est dangereux en ce que, souvent, la raison fléchit devant l'autorité apparente du *brocard.* Bien des décisions *antijuridiques* n'ont pas d'autre cause de leur existence.

[2] V. sur ce point les *Éléments du droit germanique* de Heinneccius, lib. II, tit. 10, *De acquirendâ vel amitt. hæreditate,* surtout les §§ 294, 295, 308, et le titre 6 du même livre, *De jure hæreditario,* §§ 149 et 161.

sultes proprement dits, *de l'autre*, sur le sens véritable de la règle *le mort saisit le vif*, rapprochée de celle *n'est héritier qui ne veut*.

Et cette scission s'est perpétuée sous le Code Napoléon à tel point qu'on ne sait plus aujourd'hui où est le véritable système de la loi. Toutefois, nous devons dire que l'idée des praticiens de l'ancienne jurisprudence paraît l'avoir emporté dans les usages des tribunaux, et, ce qui est bien remarquable, dans les ouvrages des interprètes du Code Napoléon, qui vont même jusqu'à l'exagérer[1]. Nous exposerons d'abord le système que nous repoussons comme *règle générale*, et que nous adoptons cependant comme *exception*, pour passer ensuite à celui que nous considérons comme étant la *règle générale*, et revenir sur le premier, qui n'en est, suivant nous, que l'*exception*.

A. Système admis aujourd'hui.

37. Dans l'ancienne jurisprudence, les praticiens, en dépit des pures maximes de notre droit coutumier, luttent contre la jurisprudence des parlements, et finissent par arracher au prin-

[1] Lorsque la pratique exige sérieusement une concession, elle finit toujours par l'obtenir. Tous les systèmes, quelque bien ordonnés qu'ils soient, se trouvent dans la nécessité de compter *avec le fait*, et souvent de capituler devant lui. Il est certain sans doute que le génie du théoricien consiste à mettre en lumière l'idée qui ne se trouve encore, chez le plus grand nombre, qu'à l'état de germe et sans formule précise; mais si l'objet principal de la théorie est d'observer *le fait*, d'en suivre les expériences et de les discipliner en les rectifiant, si, en d'autres termes, *les maîtres sont appelés à formuler les croyances*, ces croyances ne sont pas moins, au fond des choses, le résultat *du fait seul*, et en réalité personne ne nous les révèle, si ce n'est *le fait lui-même*. Eh bien! voilà ce qui s'est passé dans la matière que nous avons à traiter. Nous allons voir *un fait* s'insinuer peu à peu dans l'histoire *de la saisine coutumière*. Les jurisconsultes ne le signaleront d'abord qu'à peine et pour le repousser bien vite, *comme un intrus*, de l'arche sainte de la famille; plus tard *ce fait* insistera pour se faire admettre, et il réussira à s'imposer *comme exception*, puis enfin il prendra le caractère dominateur sous le Code Napoléon, et il finira par supplanter la saisine héréditaire elle-même du droit coutumier, tout en respectant sa formule qu'il lui aura volée!....

Mais c'est à nous de voir si, *en saisissant l'héritier activement et passivement, sans autre condition que celle de ne pas renoncer*, nos interprètes contemporains ne se sont pas mis à côté des vues du législateur français, et s'ils n'ont pas méconnu des textes qui, eux, n'ont pas subi la mobilité *du fait* sur lequel la doctrine a opéré.

cipe une *exception* qui fera plus tard considérer sous le rapport le plus important l'héritier, comme étant saisi activement et passivement par l'effet seul de la loi, sous la seule condition *de ne pas renoncer*. Ils agissent, en fait, comme si l'héritier n'avait d'autre moyen, pour se débarrasser des poursuites des créanciers de la succession, que d'y renoncer ou de l'accepter sous bénéfice d'inventaire. En vain les parlements de Paris, de Bretagne, et tous les bons auteurs leur crient *qu'il suffit à l'héritier de s'abstenir pour être à l'abri des poursuites des créanciers*, la routine est plus forte que la science. Du reste, la pratique laisse la plus grande latitude à l'exercice du droit de renoncer. Ce droit est imprescriptible, ou du moins je ne vois nulle part qu'il ait été soumis à la prescription : sans doute parce qu'il était inutile de l'y soumettre, dès que le droit de succession lui-même s'éteignait par le temps [1]; de sorte qu'il est vrai de dire que *nul n'est héritier qui ne veut*, qu'*il n'y a pas d'héritier nécessaire*, puisque le successible saisi peut toujours se débarrasser des poursuites des créanciers héréditaires par une renonciation, à moins qu'il n'ait perdu le droit de renoncer par sa volonté expressément ou tacitement manifestée, soit par écrit, soit par une immixtion suffisante pour constituer *un acte d'héritier*.

Dans cette théorie, l'obligation de payer les créanciers du défunt est un effet immédiat de la *saisine*, et non pas de l'*acceptation* de la succession [2]. Ces derniers peuvent donc conclure contre l'héritier saisi et lui dire en justice : « Vous êtes le fils » du défunt, donc vous êtes son héritier : vous avez le droit de » renoncer, parce qu'en France nous n'avons pas d'*héritiers nécessaires*; mais si vous ne le faites pas, le magistrat doit adjuger nos conclusions, et par conséquent vous condamner à » nous payer comme étant le représentant du défunt, c'est-à-» dire comme étant *héritier pur et simple*. »

[1] Dans l'ancienne jurisprudence, le *jus adeundi*, le *droit d'accepter* était soumis à la prescription, comme je le démontrerai plus tard en traitant de la prescription du droit de succession.

M. Mourlon se trompe lorsqu'il dit, sur l'article 789 du Code Napoléon, que la faculté d'accepter était imprescriptible.

V. Domat, *Lois civiles des successions*, liv. I, tit. 3, sect. 4, n° 4; Lebrun, Poquet, etc.....

[2] Comparez Code Napoléon, art. 724 : « *L'héritier légitime est saisi..... à la charge*, etc..... » Mais V. art. 775.

Ce système ayant l'avantage immense d'aller au but *rectâ viâ*, a dû prévaloir dans la pratique des affaires avec d'autant plus de facilité que les dangers qu'il présente se rencontrent très-rarement. Aussi était-il admis au Châtelet de Paris en ligne directe, malgré les réclamations des jurisconsultes [1]; de sorte que la théorie véritablement coutumière que nous exposerons dans un instant s'est trouvée absorbée par la routine, et aussi par les nécessités de la pratique [2].

De nos jours, rien n'est plus commun que de voir des créanciers actionner le successible saisi et obtenir condamnation contre lui, encore qu'il n'ait fait aucun *acte d'héritier*. Il suffit pour cela qu'*il ne renonce pas*. On se fonde pour agir ainsi : 1° sur l'article 724 du Code Napoléon, qui considère l'obligation au payement des dettes comme l'effet de la saisine et non pas de l'acceptation ; 2° sur l'article 784, qui dispose que la renonciation à une succession ne se présume pas ; 3° et enfin sur le caractère *purement dilatoire* des délais accordés par la loi pour faire inventaire et délibérer.

Le système suivi dans la pratique actuelle peut être ramené à la formule suivante :

Le mort saisit le vif activement et passivement, *de plano; mais le vif n'est*, c'est-à-dire *ne reste, ne demeure héritier s'il ne le veut pas*. Quant au moyen que la loi lui offre pour manifester sa volonté de ne pas être héritier, il consiste dans la *renonciation*, qui suppose toujours l'*abstention*, mais il ne consiste pas dans l'*abstention* elle-même. En un mot, l'événement que nous avons appelé *le silence* [3] n'existe plus dans notre droit, si ce n'est pour consommer, en définitive, le prescription *du droit de renoncer* (C. Nap., art. 789).

[1] V. l'*acte de notoriété donné au Châtelet en* 1706. Cet acte est critiqué par Ferrières sur Paris, art. 316, n° 17. — V. Toullier, *Successions*, n° 85, *à la note*. Si ce jurisconsulte avait approfondi cette matière, il est probable qu'il serait arrivé à un tout autre système que celui qu'il a développé sur la saisine ; mais les explications de Toullier sur les articles 724, 775 et 789 sont à peu près nulles.

[2] Les *jurisconsultes* de l'ancienne jurisprudence admettaient bien la règle *filius ergo hæres*, mais ils ne l'entendaient pas comme les patriciens. *Filius ergo hæres*, dit Leprestre (Coutume, I, chap. 11, *De gestione pro hærede*), *intelligitur quantum ad* NOMEN, non quantum *ad* COMMODUM (*ce qui est aller trop loin*) vel AD INCOMMODUM (ce qui est vrai).

[3] V. *suprà*, n° 33, C.

Les interprètes du Code Napoléon, en général, cherchent à justifier ce système de la manière suivante[1] :

38. « La loi, disent-ils, a reproduit la règle de l'ancienne ju-
» risprudence française, *nul n'est héritier qui ne veut.* Toute-
» fois, il est à regretter qu'elle se soit servie de termes suscep-
» tibles de donner lieu à une équivoque.

» L'article 775 porte : *Nul n'est tenu d'accepter une succession*
» *qui lui est échue.*

» Cette formule est une reproduction *maladroite* de l'ancienne
» règle : *nul n'est héritier qui ne veut..... Maladroite;* car on
» pourrait croire, à la lecture de l'article 775, que l'acceptation
» sous le Code Napoléon n'est rien autre chose que l'acceptation romaine, c'est-à-dire que le successible, pour être héritier, devrait nécessairement, *ire ad hæreditatem*, aller trouver
» l'hérédité, l'accepter; que seulement il ne serait pas contraint
» de le faire s'il ne voulait pas être *héritier;* qu'en un mot la
» succession ne lui serait acquise que sous la condition *s'il ac-*
» *cepte;* ce qui ferait que l'acceptation serait l'événement acquisitif, et non pas la saisine.

» Mais il n'en est rien; au fond des choses, il est impossible
» d'admettre que la théorie du Code civil repose sur deux bases
» diamétralement opposées : sur une affirmation *d'une part*, et
» sur une négation *d'autre part.*

» Comment la saisine pourrait-elle être tout à la fois l'événement acquisitif de l'hérédité, et ne pas être l'événement acquisitif de l'hérédité?....

» Sous le Code Napoléon, l'héritier est saisi, investi *ipso jure*
» de l'*universum jus defuncti*, non pas sous la condition *s'il ac-*
» *cepte*, mais bien sous la condition *s'il ne renonce pas.*

» C'est ce qui résulte invinciblement de la base de la loi sur
» l'acquisition de l'hérédité par la saisine (C. Nap., art. 724) et
» de la règle du droit de renoncer posée, comme contre-poids
» à celle de l'article 724, dans l'article 784, d'après lequel *la*
» *renonciation à une succession ne se présume pas.*

» L'article 775 est donc tout à la fois mal rédigé et placé à
» tort dans la section de l'*acceptation*. Si les rédacteurs de la loi
» eussent suivi une méthode rationnelle, ils auraient reproduit

[1] Nous résumons ici ce qui nous est resté de la lecture de nos commentateurs, sans cependant les citer individuellement; car il nous serait très-difficile de dire à qui appartient telle ou telle idée.

» les termes de l'ancienne règle et placé l'article 775 en tête de » la section de la *renonciation*, comme base du droit de renon- » cer : lequel s'exerce et se manifeste aux yeux de tous par » l'*acte*, c'est-à-dire par l'instrument dressé au greffe suivant » l'article 784.

» Ces rédactions vicieuses nous sont venues du défaut d'une » langue juridique bien précise chez les auteurs de l'ancienne » jurisprudence, dont quelques-uns traduisaient la règle : *nul* » *n'est héritier qui ne veut*, par cette autre qui est un accommo- » dement du brocard coutumier avec le droit romain : *nul ne se* » *porte héritier qui ne veut*. Il n'est pas dès lors extraordinaire » que l'article 775 ait été rédigé comme il est resté en définitive » dans l'édition officielle du Code Napoléon.

» Ainsi il faut poser comme base fondamentale de la théorie » du droit de renoncer, que *tout héritier est volontaire, qu'il doit* » *s'abstenir s'il ne veut pas perdre le droit de renoncer ; mais que* » *s'il laisse le droit de renoncer s'éteindre par la prescription,* » *il reste ce que la saisine l'a fait, c'est-à-dire héritier pur et* » *simple, parce que..... qui ne dit rien consent.* » (C. Nap., art. 789.)

Cette conclusion ayant paru à MM. Chabot de l'Allier, Marcadé et Dalloz, contraire à la raison, ils ont complété leur synthèse avec le bénéfice d'inventaire, qui suivant eux est imprescriptible. Mais au fond, leur théorie est la même que celle de la plupart des autres interprètes.

« Dans ce système, la renonciation ne peut être ni *forcée* ni » *présumée;* l'acceptation, au contraire, *se présume toujours*.

» I. *La renonciation ne peut être forcée.....* Car dès qu'il est » vrai de dire chez nous que l'habile à succéder est saisi sous » la condition *s'il ne renonce pas*, la conséquence immédiate » du système est que personne ne peut le forcer à renoncer, et » que, par conséquent, il restera *héritier* envers et contre tous » tant qu'il n'aura pas manifesté l'intention de ne pas l'être. Le » juge ne peut évidemment le forcer à un fait qui ne dépend » que de sa volonté [1]. Aussi, s'il existe des décisions judiciaires » en grand nombre qui ont prononcé, à raison des circon- » stances, contre le successible saisi la forclusion du droit de » renoncer, nous n'en voyons aucune qui lui ait enjoint de re-

[1] Nemo cogi potest ad factum.

» noncer dans un délai déterminé, sous une peine quelconque » et notamment sous celle d'être déclaré forclos du droit de » confirmer la saisine par une acceptation, avant la manifesta- » tion légale de sa volonté par une renonciation régulière.

» II. *La renonciation ne peut se présumer*..... En effet, l'hé- » ritier est investi par la saisine de l'hérédité au moment même » du décès, sauf l'expression d'une volonté contraire qui la re- » pousserait; tant qu'il ne vient pas exprimer sa volonté *de ne* » *plus être héritier*, il ne peut rester que ce que la saisine l'a » fait, c'est-à-dire *héritier pur et simple :* par conséquent la re- » nonciation ne doit pas pouvoir s'induire de son silence. Une » présomption de renonciation en cette matière ne peut se com- » prendre que dans un système sous lequel l'héritier devrait né- » cessairement faire acte d'*addition* ou d'*acceptation* comme con- » dition indispensable de l'acquisition de l'hérédité. Or, sur ce » point, le Code Napoléon a suivi des principes tout autres que » ceux du droit romain, car l'*addition* ou l'*acceptation* du Code » civil ne fait rien acquérir.

» Ainsi la renonciation ne peut être ni *forcée* ni *présumée*.

» III. *L'acceptation, au contraire, se présume toujours*..... » Car, d'après ce qui a été dit plus haut, l'héritier reste ce que » la saisine l'a fait, c'est-à-dire *héritier pur et simple*, jusqu'à » ce qu'il ait renoncé, à plus forte raison reste-t-il héritier pur » et simple quand il ne peut plus renoncer (C. Nap., art. 789).

» Il est possible qu'il existe des inconvénients dans cette théo- » rie, mais ils se produisent très-rarement : d'où suit qu'on ne » doit pas hésiter à l'admettre.

» Dans l'ancienne jurisprudence, le droit de renoncer ne pou- » vait pas se perdre par le fait seul des temps : il était impres- » criptible. En cela nos pères étaient parfaitement conséquents » avec leur principe, qui repoussait toute espèce d'héritiers né- » cessaires; mais le Code Napoléon est venu jeter des éléments » étrangers dans ces matières par la création des articles 777, » 789 et 790; de sorte que pour expliquer les textes des sec- » tions 1 et 2 du chapitre V du titre des successions, il faudrait » les ranger en deux catégories. *Dans la première* seraient com- » pris tous les articles qui viennent des principes de notre an- » cienne jurisprudence, et *dans la seconde*, ceux qui semblent » tirer leur origine du droit romain. Par ce procédé, on par- » viendrait à interpréter sans difficulté les expressions que l'on

» rencontre dans tous les textes. Mais ce moyen d'interpréta-
» tion ne pourrait avoir pour résultat que la critique du Code
» Napoléon, et n'aboutirait qu'à la négation d'un système quel-
» conque, précisément parce qu'il s'en trouverait *deux* en pré-
» sence l'un de l'autre.

» Il y a donc nécessité d'opter entre les deux méthodes. Or
» celle qui prend pour base l'ancienne jurisprudence française
» doit certainement être acceptée par l'interprète du Code de
» préférence à celle qui prendrait pour base la théorie romaine. »

Voilà le résumé des idées admises généralement par la pratique et même par l'interprétation doctrinale sur le chapitre V du titre des successions.

39. *Réflexions sur ce système.* — *Méthode.* — Eh bien! tout cela ne nous satisfait pas, et nous nous prenons involontairement à dire avec l'une des lumières du XVIe siècle : « *Sed nescio* » *quomodo mihi planè non satisfacit generalior illa interpre-* » *tatio* SUBODORANTI [1] *aliud quid subesse quod ego lubentiùs* (*ad* » *abstentionem*) *retulerim* [2]. » Suivant notre manière de voir, la *pratique* et même la *doctrine* ont confondu une *exception* avec la règle générale. L'héritier sous le Code Napoléon n'est, comme dans l'ancienne jurisprudence, saisi que *dans son intérêt.* L'abstention subsiste encore comme règle générale, et elle conclut en définitive à une renonciation, c'est-à-dire à la perte du droit héréditaire (C. Nap., art. 775-789), à moins que, pour une cause ou pour une autre, le régime de la succession n'ait été régulièrement fixé dans les trente ans de son ouverture, comme devant être celui de l'*acceptation pure et simple* ou de l'*acceptation sous bénéfice d'inventaire* (C. Nap., art. 797-800, 793).

C'est ce que nous allons chercher à démontrer par l'histoire des textes qui nous régissent aujourd'hui.

Je commencerai par résumer la *véritable* théorie de nos anciens coutumiers. Je dirai ensuite sous quel rapport la pratique est parvenue à le modifier, afin que le lecteur voie de suite le but de mes investigations; puis j'apporterai les preuves à l'appui du système que je crois encore existant dans la loi qui nous régit, et j'engagerai avec celui qui est généralement admis une polémique dont le but sera de le faire couler par la base. Quand on

[1] Soupçonnant...., flairant...., *philosophant*, comme dit Lafontaine.

[2] P. Pithou, auquel j'emprunte cette phrase, que j'accommode à la matière.

veut combattre une théorie, c'est toujours par là qu'il faut l'attaquer. Donnez-moi un point d'appui, disait Archimède, et à l'aide du levier je soulèverai le monde. Sans doute; mais si le point d'appui et le levier ne sont pas donnés, le monde ne sera pas soulevé. Or je ne pense pas que le point d'appui et le levier appartiennent à la théorie généralement suivie; je crois, au contraire, qu'ils sont du côté de la théorie ci-après exposée.

B. Système des jurisconsultes coutumiers. — De l'abstention.

40. *Saisine coutumière proprement dite.* — Le système *pur* de l'ancienne jurisprudence doit se formuler ainsi : *Le mort saisit le vif activement, dans son intérêt, sous la condition s'il ne renonce pas; il le saisit également passivement, mais sous la condition si le vif ne s'abstient pas : en d'autres termes s'il accepte. L'abstention trentenaire équivaut à une renonciation expresse.*

Voilà pourquoi Poquet de Livonnière, dans son recueil des règles du droit français, dit sur la maxime *nul n'est héritier qui ne veut*, « qu'il n'y a point, en France, d'héritiers nécessaires; » que par conséquent celui qui est habile à succéder, quoique » saisi de droit de la succession, peut *dans le fait* s'en décharger en y renonçant ou en *s'en abstenant.* » Cette théorie diffère de la précédente en ce que, *dans ses rapports avec les créanciers*, la règle *le mort saisit le vif* ne doit jamais se rétorquer contre l'héritier saisi, à moins qu'il ne se soit volontairement *immiscé* dans les biens de la succession.

Il est impossible de pousser plus loin le respect de la famille, sans se préoccuper moins des intérêts des créanciers de la succession.

De là il résulte : 1° que dans ses rapports avec ces derniers, l'héritier n'est en principe saisi que sous la condition *s'il accepte;* ce qui nous donne l'explication des articles 775 et 777 du Code Napoléon, incompréhensibles dans la théorie généralement admise; 2° et que la prescription du droit de renoncer de l'article 789, qui fait le tourment des interprètes, n'empêcherait pas l'héritier de jouir du bénéfice d'*abstention* à l'égard des créanciers de la succession, lequel ne se prescrit pas; car si, par exception au principe de l'article 775, les créanciers et les légataires du défunt sont autorisés, par l'article 797, à traduire l'*héritier saisi* en justice dans les trente ans de l'ouverture de la succession, pour voir dire qu'il sera tenu d'*accepter* ou de *re-*

noncer, et que, faute par lui de ce faire, il sera considéré comme VOULANT accepter, il est impossible qu'ils lui tiennent ce langage après les trente ans de l'article 789, puisque l'héritier n'a plus la faculté d'opter entre l'*acceptation* ou la *renonciation*, aux termes de cet article. Il ne lui reste donc que l'*abstention* dont il ne peut plus être forclos. L'habile à succéder n'est en effet, dans notre droit, qu'un *abstenant* saisi *provisoirement* dans son intérêt, tant qu'il ne s'est pas décidé sur l'option à faire entre l'*acceptation* ou la *renonciation* limitée à trente ans, à moins qu'il ne soit forcé, par les créanciers du défunt, de prendre un parti plus vite, suivant l'article 797 du Code Napoléon, auquel cas il est forclos judiciairement du droit de s'*abstenir*, et considéré comme *voulant accepter* s'il ne renonce pas *oportuno tempore*, suivant la règle des glossateurs : *Aditio favorabilior repudiatione.*

Ainsi nous aurions commis une grande erreur, en compagnie du reste de nos savants maîtres, si nous avions persisté à dire que l'héritier déchu par la prescription du droit de renoncer devenait un héritier *nécessaire*[1]. Cela n'est pas, cela ne pouvait être, ni dans l'une ni dans l'autre des deux théories de l'an-

[1] On n'ose pas dire sans doute que le successible saisi finit par devenir *un héritier nécessaire;* mais la théorie communément admise n'aboutit pas moins à ce résultat, au fond des choses, et cette conclusion vicieuse provient d'une erreur dans la notion de la saisine.

Lors de la publication de la première série de *ces Études*, je considérais comme constant que l'obligation au payement des dettes résultait non pas de la saisine pure et simple, mais bien de la saisine confirmée par l'acceptation de la succession, en d'autres termes, que la saisine passive était *conditionnelle*. Depuis, la lecture des travaux de MM. Blondeau, Marcadé et Mourlon m'avait ébranlé, et la note qui se trouve à la page 56 de la VIIe étude a été conçue sous l'empire du système qu'ils ont exposé : système, du reste, que je n'acceptais qu'en grondant, comme on a pu le voir *loco citato*. Aujourd'hui je reviens à ma première idée, parce qu'un examen plus attentif des bases de la saisine m'a convaincu que j'étais d'abord dans le vrai, et que je n'aurais pas dû me laisser entraîner. Cela prouve encore une fois qu'il ne faut jamais voir que les *textes* et toujours les *textes*, et jamais que les *textes*. Les *textes* et leur *histoire*, là seulement se trouve le *criterium* de la science, et par conséquent le secret des bons livres. Le légiste qui étudie le droit, sans d'abord commenter les textes par lui-même, abstraction faite des interprètes, s'expose à n'avoir pas une seule idée qui lui appartienne en propre. Avec notre méthode, au contraire, si l'on arrive parfois à heurter des vérités de convention, on obtient parfois aussi quelques échappées nouvelles. Il est vrai qu'on s'expose à commettre des erreurs; mais peu importe, les erreurs ne sont pas dangereuses : la science a bien vite séparé le bon grain de l'ivraie.

cienne jurisprudence; cela pourrait être sous le Code Napoléon, si la saisine, comme on le pense généralement, était *pure et simple*. Mais l'histoire va nous démontrer que la saisine, sous le Code Napoléon, est conditionnelle *sous certains rapports*, et que ce que nos instincts nous portaient à demander comme devant se faire par la puissance législative, existe réellement au fond des choses dans le Code Napoléon : d'où suit que nos critiques, sous ce rapport, doivent s'adresser en grande partie aux interprètes de la loi, et non pas à ses auteurs [1].

Il nous reste maintenant à justifier le système que nous venons de réduire à sa plus simple expression.

Nous ne reprendrons les choses qu'au XVIe siècle, parce que tout ce qui précède cette époque est trop incertain.

41. Commençons par Tiraqueau [2]. Ce jurisconsulte, à la fin de son traité, examine le conflit de la règle *le mort saisit le vif*, avec son tempérament *n'est héritier qui ne veut*. Voici son système :

« Notons d'abord, dit-il, que la règle *le mort saisit le vif* est établie *en faveur de l'héritier*, afin qu'il puisse se dire saisi contre les tiers si telle est son intention, mais qu'un étranger ne peut pas rétorquer contre lui : d'où suit que la possession dont l'héritier est saisi ne doit pas être considérée comme se continuant dans sa personne, toutes les fois que sa possession serait de nature à lui nuire. Si, au contraire, il s'agit d'un cas où l'intérêt de l'héritier exige l'application de la règle, on ne doit faire aucune difficulté de l'admettre [3]. »

Voilà le principe : voici maintenant son application dans les rapports de l'*héritier saisi* avec les créanciers de la succession. « On a, continue Tiraqueau [4], agité plusieurs fois au parlement de Paris la question de savoir si l'héritier qui ne veut pas user du bénéfice de la règle *le mort saisit le vif*, est tenu de déclarer expressément sa volonté à cet égard, sous peine d'être considéré comme héritier pur et simple par l'effet seul de la maxime; de telle sorte que les créanciers de la succession pourraient agir contre lui comme s'il était le représentant du défunt. L'af-

[1] V. *suprà*, n°s 35 et suivants, et n° 72, art. 5.

[2] V. Var. Tractatus Andreæ Tiraquelli : *le mort saisit le vif*, pars septima, declaratio I et II.

[3] Même Traité, déclarat. I, part. VII.

[4] Même ouvrage, part. I, déclaration II, n°s 1 et 2.

firmative a eu ses partisans. Ils s'appuyaient sur le sentiment de quelques docteurs que notre auteur cite, suivant son habitude. » Puis il arrive à son opinion, qu'il formule de la manière suivante [1] :

« Quant à moi, je pense que l'on ne peut forcer l'héritier à » payer les créanciers, à moins qu'il ne se soit *immiscé* dans » les biens de la succession, ou qu'il n'ait déclaré qu'*il enten-* » *dait être héritier;* parce que, d'après nos usages en France, » il n'y a d'héritier que celui qui veut l'être : ce qu'atteste le » proverbe *n'est héritier qui ne veut.* »

Il cherche ensuite à appuyer son opinion sur les textes du droit romain, qui n'ont sans doute rien à voir en pareilles matières; mais on sait que c'était la manie du temps de tout rapporter au droit romain. Nous ne le suivrons pas sur ce terrain. Constatons seulement ce point, capital pour le véritable sens de la règle *le mort saisit le vif* et de celle *n'est héritier qui ne veut,* que le successible n'était, suivant l'opinion des bons auteurs et du parlement de Paris, au XVIe siècle, saisi qu'*activement* au moment du décès, et que la saisine *passive* était subordonnée à cet événement postérieur : *si hæres se immiscuerit.*

42. Les partisans du premier système citent, à l'appui de leur doctrine, le sentiment de d'Argentré, qui est aussi une tête de colonne, mais c'est certainement à tort.

En effet, si d'Argentré commence, comme l'article 724 du Code Napoléon, par dire qu'il ne partage pas l'avis de Tiraqueau, que l'héritier est saisi tant activement que passivement, et qu'on ne doit pas lui permettre de faire, lorsqu'il est demandeur, ce qu'il ne voudrait pas faire s'il était défendeur, le coutumier breton, comme le Code Napoléon dans les articles 775 et 777, arrive, en définitive, au même résultat que Tiraqueau, puisqu'il conclut ainsi : *Quod juris in agendo statuit* (*hæres*) *hoc eodem uti cogendus est cum convenitur* (écoutons bien la réserve) *si quidem acceptatio probatur*, etc....[2]; ce qui signifie que l'héritier en conflit avec les créanciers n'est héritier que sous la condition *s'il accepte*, laquelle condition accomplie et prouvée est censée avoir eu lieu au moment même du décès. (C. Nap., art. 775 et 777.)

[1] Je ne fais qu'une traduction libre.

[2] V. coutume de Bretagne, art. 509, glose 3, n° 3, et Lebrun, liv. III, chap. 1, n° 37.

Ainsi d'Argentré, comme l'auteur précité, subordonnait la saisine passive de l'héritier, à l'acceptation de la succession.

Passons à Lebrun. Il entre dans une sainte colère contre les praticiens qui méconnaissent le sens des maximes nationales. Voici sa catilinaire :

« L'on n'a pas le droit de dire contre un fils, *filius..... ergo* » *hæres!* ni de conclure qu'il est héritier, parce qu'il n'a pas re- » noncé. *Encore un coup*, c'est un abus que cela, qui n'a jamais » eu cours que chez ceux qui ignoraient les véritables principes » de notre jurisprudence, qui sont qu'il faut avoir *accepté* ou » s'être *immiscé* pour être déclaré héritier, et qu'autrement le » simple défaut d'une renonciation ne fait point un héritier, en » quelque ligne que ce soit, comme il a été jugé pour la directe » même, par arrêt du 8 février 1590, qui est un des arrêts de » la cinquième chambre des enquêtes.

» Il n'y a qu'une ou deux coutumes qui soient contraires à » cela [1]. »

Les mêmes principes sont professés par Charondas [2], par Boucheul, par Ferrières [4], par le président Espiart sur Lebrun [5], par Poquet de Livonnière [6]. Leur doctrine aboutit en définitive à cet adage : *Sufficit abstinuisse; nul n'est héritier qui ne veut.*

43. Mais alors, les créanciers sont donc désarmés contre l'habile à succéder ?....

Non. « On peut forcer l'héritier présomptif ou testamentaire » à faire sa déclaration après le délai prescrit par l'ordonnance » de 1667, tit. 7, qui ne donne que trois mois pour faire in- » ventaire et quarante jours pour délibérer; et *s'il refuse de s'en* » *expliquer* ou s'il répudie, on peut faire créer un curateur à la » succession vacante, sans appeler les héritiers plus éloignés » qui ne se présentent pas [7]. »

[1] Celle d'Anvergne, chap. 12, art. 54, et de la Marche, art. 256.

[2] V. *Réponses*, liv. VI, réponse XVII.

[3] *Des conventions de succéder*, chap. 31, nos 13, 23 et 24.

[4] Sur Paris, art. 16, n° 17, p. 649 et 650.

[5] V. Lebrun, *Successions*, liv. III, chap. 1, n° 37. — Il est étonnant que Toullier considère Lebrun comme s'étant rangé au système des praticiens (V. le *Traité des successions* de Toullier, n° 85, à la note). C'est certainement une grave erreur de croire que Lebrun n'était pas partisan de l'*abstention*.

[6] *Règles du droit français*, liv. III, règles IX et XII.

[7] Davot sur Loysel, *Instit. coutumières*, liv. II, tit. 5, 11, n° 318, édition de MM. Édouard Laboulaye et Dupin.

44. Voilà la théorie de l'ancienne jurisprudence dans toute sa pureté. C'est le beau idéal de l'hérédité volontaire. L'origine de ce système remonte aux lois barbares combinées avec quelques lois romaines.

Chez la plupart des nations germaniques, les héritiers n'étaient pas tenus des dettes *ultrà vires bonorum*, mais ils succédaient cependant plus ou moins aux obligations du défunt. La loi des Francs et celle des Bourguignons, au contraire, considéraient les héritiers comme tenus des dettes *ultrà vires*, S'ILS S'ÉTAIENT IMMISCÉS. « *Si certè præsumpserint hæreditatem, debitum paternum solvant*[1]. » — « *Si quis moriens debitosus.... quicunque de parentibus suis.....* IN HÆREDITATEM ACCEPERIT, *omne debitum per ipsum solvi judicatur et omne factum ejus idoneare studeat, aut culpam in currat*[2]. *Ei qui se non miscuit hæreditati paternæ, sivè major sit, sivè minor, non est necesse prætorem adire : Sed sufficit se non miscuisse hæredidati*[3]. » C'est de la combinaison de ces lois que nos anciens coutumiers ont tiré et organisé leur théorie de la saisine passive, que Tiraqueau résumait de la manière suivante : « *L'héritier est saisi dans son intérêt, et on ne peut rétorquer contre lui la règle* LE MORT SAISIT LE VIF, *qu'autant qu'il s'est immiscé.....*; » que d'Argentré exprimait dans un langage encore plus concis, en disant que « *l'héritier est saisi activement et passivement : si quidem acceptatio probatur....*; » que les coutumes exprimaient à leur tour par un *brocard* encore plus énergique : « *qu'il ne se porte héritier qui ne veut..... nul n'est héritier qui ne veut.....*; » que les parlements rendaient encore plus sensible en disant simplement : « *Sufficit abstinuisse.....* » D'où est venue l'abstention de Lebrun, de Ferrières, de Poquet, du président Espiard et de la presque généralité de nos anciens auteurs.....

En un mot, c'est cette théorie que le Code Napoléon a traduit *à son tour*, pour plus de clarté, en disant, non pas que *l'héritier a le droit de renoncer*, mais que *nul n'est tenu d'accepter une succession qui lui est échue*[4] : ce qui signifie deux choses, à savoir : 1° que le successible qui ne s'est pas im-

[1] Loi des Bourguignons, tit. 65, § 2.
[2] Loi des Francs Ripuaires, tit. 67, § 1.
[3] Loi 12, ff., *De acquirend. vel amitt. hæredit.*
[4] C. Nap., art. 775.

miscé peut toujours renoncer; 2° et que, sans même renoncer, il lui suffit de ne pas accepter, c'est-à-dire *de s'abstenir* [1].

C. Système de l'abstention restreinte, ou transaction entre les deux systèmes précédents.

45. La pratique lutta longtemps sans succès contre le système que je viens d'exposer, parce que les parlements, fidèles aux traditions nationales, ne voulaient pas admettre que l'héritier pût être condamné sans que le demandeur rapportât la preuve de l'*immixtion*, la théorie que les praticiens s'efforçaient d'introduire leur paraissant dangereuse pour la famille. Mais comme, d'un autre côté, le système de l'*abstention pure* était réellement trop défavorable aux créanciers, qui se trouvaient à chaque instant dans la nécessité de faire déclarer les successions vacantes, on finit par se relâcher du principe, et la pratique parvint à arracher à la règle une *exception* qui devint, sous le rapport de l'utilité, plus importante que la règle elle-même : à tel point que tous les interprètes du Code civil se sont crus plus tard autorisés à dire que l'*abstention* n'existait plus. C'est, à mon sens, une grave erreur. De ce que l'*abstention* a été restreinte dans les limites les plus étroites, il ne faut certes pas conclure qu'elle a disparu pour cela : au contraire, tant et si longtemps que les articles 775 et 789 existeront, l'abstention existera, parce qu'elle est la condition essentielle et indispensable de l'hérédité volontaire. Il n'y aurait qu'un moyen praticable pour la faire disparaître : ce serait de déclarer le droit de renoncer *imprescriptible;* mais tel n'est pas le système du Code Napoléon (art. 789).

46. Nous disons donc que la pratique a fini par obtenir ce qu'elle désirait. Comment cette révolution s'est-elle opérée?.... Voici. Plusieurs coutumes s'occupaient de la contumace de l'héritier : on s'en empara pour arriver au résultat qu'on voulait atteindre, et l'article 278 de la coutume de Poitou finit par devenir le droit commun des pays coutumiers. Or cet article, qui semble avoir été copié par les rédacteurs du Code Napoléon dans leurs articles 775 et 797, portait : « *Nul n'est héritier qui*

[1] Mais nous verrons bientôt que la règle, *sous ce dernier rapport*, a reçu une atteinte des plus graves, *d'abord* par le fait de la pratique dans le dernier état de l'ancienne jurisprudence, et *ensuite* par la création des articles 797 et 800 du Code Napoléon.

» *ne veut, et n'est tenu de renoncer ni faire aucune déclaration* » (*sufficit abstinuisse*, c'est la règle générale de l'article 775) « *s'il* (à moins que) *n'était ajourné pour déclarer s'il veut se* » *porter héritier; auquel cas* » (la règle générale fléchit parce que l'intérêt des tiers l'exige : C. Nap., art. 797-800) « *sera tenu* » *d'accepter ou répudier l'hérédité.* »

Ainsi, sous cette coutume, les créanciers avaient le droit de forclore l'héritier saisi *du droit d'abstention*; mais ce n'était là qu'une *exception* au principe général, basée sur la nécessité d'éviter, autant que possible, l'administration comptable de la vacance, et de protéger utilement les créanciers de la succession. « *Cette exception*, dit Lebrun [1], qui est à la fin de l'article, » *a lieu partout* : d'où vient que dans la coutume de Bourbon- » nais et plusieurs autres, il est fait mention de l'héritier *par* » *contumace*, c'est-à-dire de celui qui, étant poursuivi, a re- » fusé de déclarer s'il était héritier ou non, et qui a été déclaré » par défaut. » En effet, au XVIIIe siècle, à l'époque où Lebrun écrivait, la pratique avait déjà réussi à faire accepter l'article 278 de la coutume de Poitou comme étant de droit commun [2].

Les interprètes de l'ordonnance de 1667 ne manquèrent pas d'adopter ce système; Pothier vint lui donner l'appui de sa puissante autorité, et les auteurs du Code Napoléon n'ont fait plus tard que consacrer ce qui existait avant eux, sauf qu'ils ont tranché par un texte formel la question fort controversée de savoir si le jugement imprimant la qualité d'héritier pur et simple au successible traduit en justice en condamnation d'une dette héréditaire, devait produire des effets absolus ou des effets simplement relatifs [3].

47. Nous disons que l'exception qui nous occupe est une conquête de la pratique contre la famille, au profit des tiers. Il est en effet bien plus simple et bien plus expéditif, mais aussi *bien plus dangereux* de condamner de suite l'héritier saisi *s'il ne renonce pas*, lors même qu'il ne fait aucun acte d'héritier, que de faire nommer un curateur, *s'il refuse de s'expliquer*. L'héritier ainsi condamné appelle ou n'appelle pas du juge-

[1] V. Lebrun, *Successions*, loc. cit.

[2] V. l'acte de notoriété du Châtelet, critiqué par Ferrières, sur l'article 316 de la coutume de Paris.

[3] C. Nap., art. 800, *in fine*.

ment[1]. Si le jugement devient définitif, il reste *héritier pur et simple*[2]. Si au contraire le jugement est réformé, soit sur opposition, soit en appel, alors seulement on déclare la succession *vacante*. C'est ce dernier système que nous adoptons comme une limitation à la règle de l'article 775, et que nos jurisconsultes considèrent comme formant *le droit commun*. Au surplus, soit qu'on le considère comme une exception à l'article 775, ou bien comme étant la règle générale, il est certain que la théorie primitive du XVIe siècle a été modifiée, *au moins sous certains rapports*, puisque le Code Napoléon et le Code de procédure n'ont fait des délais d'inventaire et de délibération qu'une exception *purement dilatoire*, en confondant dans la même théorie (*exceptionnellement*, suivant nous, dans le cas de l'article 797, et *généralement* suivant le système suivi) l'héritier saisi et la femme assignée comme *commune* : ce qui n'existait pas dans l'ancienne jurisprudence. Car nos anciens maîtres faisaient une distinction fort judicieuse entre l'héritier assigné comme devant prendre un parti et la femme assignée comme *commune*. Cette dernière était toujours obligée de renoncer à la communauté dans de certains délais; et si elle ne renonçait pas, elle était censée, de plein droit, *commune;* tandis que le successible saisi n'étant *héritier*, dans tous les cas possibles, *qu'autant qu'il le voulait bien*, suivant la règle *n'est héritier qui ne veut*, sans même être obligé de renoncer, n'était astreint, avant l'envahissement de la pratique, qu'à s'abstenir et à se taire, sauf par les créanciers à faire nommer un curateur à la succession réputée *vacante*, si personne ne se présentait pour la réclamer[3].

48. *Code Napoléon.*—Les précédents étant suffisamment con-

[1] Il a *toujours*, suivant nous, le droit d'appeler.

[2] Est-ce à l'égard de la partie seulement, ou à l'égard de tous? C'est à l'égard de tous (art. 800, *in fine*). La question n'est plus *entière* sous le Code. Les termes de la loi et la discussion au conseil d'État font voir que l'on a voulu, au cas particulier, donner au contrat judiciaire *une portée générale* et non pas simplement *relative*. Mais *la réciproque* n'est pas vraie. Le jugement qui relaxe le successible des conclusions du demandeur n'a d'effet qu'à l'égard des parties de l'instance. L'article 800 est une *réaction* contre la famille, et l'exception qu'il consacre doit être restreinte au cas prévu. Telle est notre manière de voir, que nous développerons plus tard.

[3] V. Espiart sur Lebrun, *Success.*, liv. III, chap. 1, n° 37, et comparez article 811 du Code Napoléon.

nus, nous avons à voir maintenant ce qu'ont fait les auteurs du Code Napoléon.

Ont-ils consacré le système A? Non, certainement, quoique nos interprètes admettent l'affirmative [1].

Ont-ils consacré le système B? Oui, en général. L'ont-ils consacré tel qu'il existait au XVIe siècle? Non. Ils ne l'ont admis qu'*avec l'exception* conquise par la pratique.

Ainsi, le système qui régit aujourd'hui l'acquisition de l'hérédité passive est celui de l'*abstention restreinte*. Voilà la thèse que nous prétendons établir.

Du reste, nous devons dire que nous n'avons vu nulle part la question posée comme nous la posons. Presque tous les auteurs qui ont écrit sur le Code Napoléon, ont accepté le sens apparent de l'article 724, sans en avoir suffisamment approfondi la pensée [2].

49. Pour soutenir que l'héritier est saisi purement et simplement des droits *actifs* et *passifs* du défunt, sous la seule condition *de ne pas renoncer* dans les trente ans de l'ouverture de la succession, et que l'obligation de payer les créanciers héréditaires résulte de la *saisine seule*, et non pas de la saisine réunie à l'acceptation, on argumente de l'article 724, qui ne fait aucune distinction entre la saisine *active* et la saisine *passive*.

Nous pensons que, à la vérité, l'article 724 saisit l'héritier légitime activement et passivement, mais qu'il doit s'entendre

[1] Notamment Toullier, t. IV, n°s 83 et 85. — M. Demante, *Programme*, t. II, n° 94.

[2] Merlin, *Répert.* (v° *Héritier*, sect. 2, § 1), regarde bien la saisine comme *conditionnelle*, mais il ne pose pas la question comme nous le faisons. Suivant nous, la saisine *active* est pure et simple tant que l'héritier n'est pas déchu du droit de succession. En cela nous partageons l'opinion commune, tout en rejetant sa conclusion finale à l'hérédité nécessaire. Mais la *saisine passive est conditionnelle* dans notre théorie, tandis que Merlin semble admettre que la saisine *active et passive* est toujours *conditionnelle* : ce qui n'est pas; ou du moins si la *saisine active* est conditionnelle, elle est conditionnelle *resolubiliter* par la renonciation, mais elle n'est pas, en général, conditionnelle *suspenso modo*, sous le rapport de l'acceptation dans les trente années qui s'écoulent du moment du décès jusqu'à l'expiration du temps fixé par la loi pour la forclusion du droit héréditaire (art. 789, 790 et 2262); car, pendant ce temps, l'*acceptation* ne fait rien acquérir; elle n'est qu'une fin de non-recevoir contre la renonciation, puisque l'héritier est saisi purement et simplement pendant trente ans, *toutes les fois qu'il a intérêt à invoquer le bénéfice de la saisine active*.

secundùm subjectam materiam, et qu'il ne faut pas l'isoler de l'article 775 qui lui sert de contre-poids.

Or de même que l'article 724 reproduit l'ancienne règle *le mort saisit le vif*, de même l'article 775 reproduit son contre-poids : *nul n'est héritier qui ne veut*, et il fait cette reproduction dans des termes tels qu'il nous est impossible de croire que les auteurs du Code Napoléon aient voulu rompre avec la véritable théorie coutumière, c'est-à-dire avec le deuxième système que nous avons exposé plus haut.

En effet, cet article 775 se lit de la manière suivante : *Nul n'est tenu d'accepter une succession qui lui est échue*. Par ces expressions, la loi consacre non-seulement l'ancien brocard *n'est héritier qui ne veut*, mais elle semble encore aller plus loin, et vouloir faire cesser tous les doutes qui s'étaient élevés dans l'ancienne jurisprudence sur le sens que l'on devait donner à la règle précitée, en disant que *nul n'est tenu d'accepter une succession qui lui est échue*, dans le sens de *nul n'est tenu de se porter héritier*, *nul ne se porte héritier qui ne veut;* ce qui nous rejette bien loin du système suivi aujourd'hui, dans lequel *nul n'est*, c'est-à-dire *ne reste*, *ne demeure héritier qui ne veut*.

50. Les partisans du système que nous combattons répondent que la loi est mal rédigée [1], et que l'article 775 n'est qu'une reproduction *maladroite* [2] de l'ancienne règle *n'est héritier qui ne veut*. Nous leur répliquons d'abord qu'il ne faut violenter le texte de la loi que lorsqu'il y a nécessité de le faire, mais qu'ici la lettre est parfaitement conforme *à l'esprit du législateur* et aux précédents historiques : *à l'esprit du législateur*, car son intention bien formelle a toujours été, en France, de protéger la famille : or si le système contraire était celui de la loi, on arriverait inévitablement à l'hérédité *nécessaire*, puisque l'héritier qui ne saurait pas même, en fait, que la succession lui est déférée, deviendrait sans le savoir un héritier pur et simple par l'effet seul du temps....; *aux précédents historiques*, car, dans le droit coutumier, aucun de nos bons auteurs *n'a entendu la règle*, *n'est héritier qui ne veut*, dans le sens qu'on lui suppose parmi les interprètes du Code Napoléon. Pothier lui-même, qui se rapproche le plus de la théorie de nos adversaires, dit en

[1] V. M. Marcadé sur l'article 775.
[2] M. Mourlon, t. II, chap. 5, art. 775-777.

propres termes que *la saisine est en suspens jusqu'à ce que l'héritier se soit décidé sur le parti de l'acceptation ou de la renonciation :* ce qui fait bien voir que, dans son esprit, la saisine n'était qu'un état de choses provisoire subordonné à *des événements volontaires postérieurs.*

Le lecteur se rappelle la colère de Lebrun contre les procéduriers qui brouillaient les véritables principes de notre jurisprudence.

Ainsi, nos adversaires procèdent dans leur notion de la saisine par une pétition de principe. Ils supposent prouvé ce qui a besoin de l'être, et ils commencent par faire l'histoire, pour ensuite en tirer un argument en leur faveur. C'est une manière de raisonner fort commode. Si au moins le résultat final de leur théorie justifiait les moyens d'y arriver, on pourrait l'adopter, et même nous serions disposé à le faire, dans l'intérêt du *crédit civil.*

Mais, comme nous le verrons plus tard, leur conclusion est tellement révoltante, qu'à *elle seule* elle ferait crouler tout leur échafaudage.

51. Résumons de suite ce point fondamental. Il est démontré que l'article 724 du Code Napoléon, quoiqu'il ne fasse aucune distinction entre la *saisine active* et la *saisine passive*, doit s'entendre avec le tempérament de l'article 775 qui lui sert de contrepoids. Le législateur a posé le principe général dans l'article 724, comme cela s'est toujours pratiqué en législation, sauf à l'expliquer ensuite et à préciser son sens, suivant les règles de notre ancien droit coutumier et de la raison, par les textes ultérieurs de la section de l'*acceptation.*

Si le système que nous combattons était celui de la loi, l'article 775 aurait été rédigé autrement; il n'aurait pas été placé dans la section de l'acceptation, mais bien en tête de la section de la renonciation, et de plus l'acceptation aurait été traitée après la *renonciation.* Dans tous les cas, elle aurait été considérée comme *une fin de non-recevoir* contre l'événement principal, qui est évidemment la *renonciation* dans le système contraire, et par conséquent la loi s'en serait occupée dans la section de la renonciation; enfin le législateur, qui ne voulait pas d'héritiers *nécessaires*, se serait bien gardé de soumettre à la prescription *le droit de renoncer* (C. Nap., art. 789).

Sans doute le système aurait été mis en relief avec beaucoup

plus de clarté, si les articles 724 et 775 eussent été confondus dans une seule rédaction de la manière suivante :

« L'héritier légitime est saisi activement et passivement de » l'*universalité juridique*. Toutefois, dans ses rapports avec les » créanciers de la succession, la saisine est subordonnée à la » condition *s'il y a de sa part immixtion*, ou s'il existe l'un des » événements qui en tiennent lieu (C. Nap., art. 792, 797 et 800). » Aucune discussion n'aurait été possible, et l'on n'aurait jamais eu la pensée qu'il existe encore en France, au fond des choses, de véritables héritiers *nécessaires* privés du bénéfice d'*abstention*. Mais malheureusement les rédacteurs de la loi ont cru devoir, comme Tiraqueau l'avait déjà fait *à tort* avant eux, séparer le principe de son contre-poids, et c'est de là que sont venues toutes les difficultés d'interprétation que l'on rencontre dans ces matières.

L'économie du Code Napoléon, sous ce rapport, vient donc à l'appui de notre théorie.

Passons à un autre moyen.

52. Nos adversaires tirent argument en faveur de leur système de l'article 784. En effet, disent-ils, la *renonciation ne se présume pas;* nulle part il n'est rien dit de semblable de l'acceptation : d'où suit que l'héritier qui garde le silence pendant trente ans (art. 789) reste ce que la saisine l'a fait (c'est-à-dire *héritier pur et simple*), *s'il n'a pas renoncé avant le terme fixé par cet article*. Or si la *renonciation ne se présume pas*, c'est donc que l'héritier est toujours *héritier* s'il ne renonce pas [1].

[1] M. Blondeau a cherché à établir la théorie que nous combattons; et quoique nous ne partagions pas son opinion, nous devons reconnaître qu'il est difficile d'apporter plus de talent et de savoir à la défense d'une mauvaise cause. Nous ne faisons ici que reproduire *le fond de sa pensée*, au point de vue du système que nous croyons le seul admissible. M. Blondeau regarde comme constant que l'héritier est saisi activement et *passivement*, *sous la seule condition de ne pas renoncer*, par l'article 724, et que l'obligation de payer les dettes est non pas un effet de l'*acceptation*, mais bien de la *saisine*, ce que nous nions.

M. Duranton, que M. Blondeau combat, nous semble avoir raison en définitive; seulement il est parti, à notre sens, d'une base *équivoque :* de sorte que son vigoureux antagoniste profite de cette circonstance pour l'étreindre de sa logique puissante et même le battre en apparence, quoique le résultat définitif auquel est arrivé M. Duranton *est certainement celui de la loi*. (V. le *Traité de la séparation des patrimoines* de M. Blondeau, p. 625; mais V. M. Duranton, t. VI, nos 483 et suivants.)

Cet argument ne repose encore que sur une pétition de principe. Sans doute la renonciation ne se présume pas. Elle ne se présumait pas plus dans l'ancienne jurisprudence que sous le Code civil, parce que l'héritier saisi a un droit acquis par la saisine au moment même du décès, et qu'on ne peut le priver de ce droit qu'autant qu'il déclare ne pas vouloir en profiter ou qu'il le laisse s'éteindre par la prescription [1].

Or ce droit consiste en ce qu'il peut toujours, de sa pleine autorité, se mettre en possession réelle des biens héréditaires, et les revendiquer partout où il les trouvera sans *acceptation préalable*, parce qu'il est saisi purement et simplement, sans aucune condition d'adition, toutes les fois qu'il s'agit *de son intérêt*. Voilà le droit qui ne peut se perdre, pour l'héritier, que *par sa volonté ou par le temps*, c'est-à-dire par la prescription, ou mieux, par *une déchéance* ou par *une forclusion* résultant du temps.

Mais de ce que la renonciation ne se présume pas, faut-il conclure que l'héritier est saisi *passivement* d'une manière pure et simple, sans acceptation de sa part? Nullement. C'est pourtant ce qu'il importe à nos adversaires de démontrer pour que nous puissions admettre leur système, et c'est ce que M. Blondeau se garde bien de faire, parce qu'il lui faudrait, pour cela, méconnaître toute l'histoire de la saisine, et que personne ne la connaît mieux que lui.

Notre savant professeur effleure cependant le véritable point de la question, dans une note qui se trouve à la page 624 de son ouvrage, lorsque répondant à M. Duranton, qui a raison de dire au point de vue de l'interprétation du Code Napoléon : « Vous » retournez contre les successeurs saisis une disposition intro- » duite en leur faveur, » il lui réplique que « ce n'est pas re- » tourner une disposition contre la personne en faveur de qui

[1] Lebrun, liv. III, chap. 8, sect. 2, n° 36.

Dans le droit romain lui-même, sous l'empire duquel l'héritier volontaire n'était pas *saisi*, *ipso jure*, de la propriété et de la possession des biens héréditaires, l'ouverture de la succession ne conférait pas moins à l'appelé un droit *acquis* sans sa participation, c'est-à-dire le droit exclusif *d'accepter ou de ne pas accepter*, selon son bon plaisir. Il ne faut pas confondre ce droit avec celui résultant *de l'adition*, dont l'objet était l'incorporation au patrimoine de l'héritier provenant des biens du défunt, et qui étaient jusqu'alors étrangers à l'appelé volontaire. (V. sur ce point M. de Savigny, *Système du droit romain*, t. VIII, p. 480, traduction de M. Guenoux.)

» elle a été introduite, que d'exiger de cette personne qu'*en* » *recueillant* les bienfaits d'une institution, elle en supporte les » conséquences. » C'est comme on le voit, que le lecteur se le rappelle, le système de d'Argentré...., moins..... la réserve au profit de l'héritier, *si quidem acceptatio probatur;* et c'est précisément cette petite réserve dont il faut tenir le plus grand compte, car elle est la clef de voûte de tout l'édifice. En droit *civil* romain, M. Blondeau aurait cent fois raison; mais en droit français, sa réponse à l'argument de M. Duranton ne soutient pas l'examen en présence de l'histoire.

53. Mais, dit M. Blondeau, la loi dispose que la renonciation ne se présume pas; elle se tait sous ce rapport, en ce qui concerne l'acceptation; d'où suit..... que..... que..... l'acceptation se présume....., par argument du brocard : *Qui dicit de uno negat de altero?....* Tel paraît avoir été également le sentiment de Toullier [1].

La réponse est que la loi n'a fait à cet égard que ce qu'elle a dû faire. Elle ne pouvait pas dire que l'acceptation se présume, puisque, dans son système, l'héritier n'est en général saisi *passivement* que sous la condition *s'il accepte :* ce qui suppose un fait de la volonté du successible, à moins que l'on ne ressuscite les héritiers *nécessaires.* Elle ne pouvait pas dire non plus que l'acceptation ne se présume pas, puisque l'héritier est saisi purement et simplement par les articles 724 et 775 combinés, et par conséquent considéré comme ayant *accepté réellement* toutes les fois qu'il a intérêt à invoquer le bénéfice de la saisine.

La loi, en gardant le silence sur la *présomption* ou sur la *non-présomption* de l'acceptation, n'a donc agi que comme elle pouvait agir, et il n'y a aucun argument possible à tirer de cette circonstance en faveur du système de nos adversaires. Loin de là, le silence du Code Napoléon sur ce point prouve au contraire que les articles 724 et 775 n'ont pas le sens qu'on leur donne; car si l'héritier eût été toujours présumé *acceptant* jusqu'à sa renonciation, limitée à trente ans, la loi n'aurait pas manqué de le dire, pour annoncer qu'elle entendait faire revivre, au moins sous certains rapports, la théorie des héritiers *siens et nécessaires* suivant le droit romain, contre les précédents de l'ancienne jurisprudence française, précédents qu'elle

[1] T. IV, n° 85.

n'avait garde d'abandonner, et qu'elle voulait consacrer au point de vue politique où elle se plaçait[1].

54. Abordons la seule et unique raison qui soit de nature à jeter en apparence quelques doutes sur le bien fondé du système que nous défendons. La voici réduite à sa plus simple expression.

Les articles 795, 797, 798 et 800 du Code Napoléon, combinés avec l'article 174 du Code de procédure, prouvent, peut-on dire, que les délais pour faire inventaire et pour délibérer ne constituent qu'une *exception dilatoire*. D'où il suit que le successible saisi doit être condamné comme *héritier pur et simple* si, sur l'assignation qui lui est donnée par un créancier, il ne renonce pas à la succession, ou s'il ne l'accepte pas sous bénéfice d'inventaire, à l'expiration des délais de délibération accordés par la loi ou par le juge, et cela encore bien qu'il n'ait fait aucun acte d'héritier. Il ne lui suffit donc pas de s'*abstenir;* il faut qu'il renonce s'il veut éviter la condamnation. Or s'il est tenu de renoncer, c'est qu'il est présumé *acceptant* aux yeux de la loi par l'effet seul de l'article 724 du Code Napoléon : c'est donc qu'il est et doit toujours être considéré comme *héritier pur et simple*, même dans ses rapports avec les créanciers, sous la seule condition *s'il ne renonce pas.*

55. Nous répondons que les articles précités organisent l'*exception* de la seconde phase historique du système de l'*abstention*, et que par conséquent, loin de détruire la base de notre théorie, ils viennent au contraire la confirmer de la manière la plus éclatante. Il est inutile de dire que la loi a pu restreindre le *droit de s'abstenir* sans grand danger pour l'héritier saisi, alors que les faits dont elle s'occupe dans les actes précités se passent à une époque où il est certain que le droit de renoncer n'est pas prescrit.

On pourrait même aller plus loin et prétendre, avec une grande

[1] En 1803, il ne s'agissait pas de *crédit civil* ou de *crédit foncier*. Les conseillers d'État Tronchet, Bigot de Préameneu et les autres consultants coutumiers ne voyaient que la *famille;* quant aux créanciers, ils devenaient ce qu'ils pouvaient. C'est certainement la raison pour laquelle nous voyons Treilhard et le premier consul lui-même, qui parfois était plus radical que son conseil d'État, rompre à chaque instant des lances contre les traditions anciennes, comme on peut s'en convaincre en lisant les procès-verbaux de M. Locré, surtout sur le titre des hypothèques. Voilà ce que les interprètes du Code Napoléon ne devraient jamais perdre de vue.

apparence de raison, que les auteurs du Code Napoléon ont rejeté la modification apportée au principe *sufficit abstinuisse* par les praticiens de l'ancienne jurisprudence, pour retourner au système pur du XVIe siècle, et que, en aucun cas, les tribunaux ne peuvent condamner en qualité d'héritier pur et simple le successible saisi, *s'il n'a fait acte d'héritier*, parce que, en France, *nul n'est héritier qui ne veut*, et que, par conséquent, la condamnation que le juge se permettrait de prononcer serait contraire à l'article 775, qui ne veut pas que l'on puisse jamais rétorquer contre un successible le principe de la *saisine* introduit en sa faveur.

Voici, au surplus, ce que les partisans de ce système pourraient dire pour le soutenir au point de vue de l'interprétation du Code Napoléon.

56. « Nul n'est tenu d'accepter une succession qui lui est » échue (C. Nap., art. 775); donc le successible saisi ne peut » être condamné en qualité d'héritier pur et simple qu'autant » qu'on lui prouve qu'*il s'est volontairement immiscé;* donc il est » héritier, dans ses rapports avec les créanciers et les légataires » du défunt, non pas sous la condition *s'il ne renonce pas*, mais » bien sous la condition *s'il accepte.*

» On objecte en vain que la théorie de l'exception dilatoire » telle qu'elle résulte de nos Codes est contraire à ce système, » car cette théorie peut très-bien marcher avec lui. Cela est si » vrai, qu'elle n'était pas autrefois un obstacle à l'application » de la règle *sufficit abstinuisse.*

» Qu'est-ce qu'une exception dilatoire? Toute exception sup- » pose une action portée en justice. L'exception est dite pure- » ment *dilatoire* lorsqu'elle a pour objet, non pas d'éteindre » l'action, mais seulement d'en suspendre l'exercice utile, et » par conséquent de retarder le jugement pendant un temps » plus ou moins long. Voilà le caractère de l'exception dila- » toire. Ce caractère se rencontre-t-il dans les délais pour faire » inventaire et délibérer?... Oui, sans doute, *sous certains rap-* » *ports....*, en ce sens que pendant la durée des délais légaux » ou judiciaires, le successible assigné devant la justice ne sera » pas tenu *de s'expliquer, de défendre, d'engager le débat au* » *fond*, ce qu'on appelle, en termes de palais, *poser qualité*, » *prendre qualité*, comme l'a dit fort élégamment l'article 797 » du Code Napoléon, et que par conséquent il ne pourra, en

» aucun cas, être obtenu de condamnation contre l'héritier saisi » avant l'expiration du délai, s'il ne le veut pas.....

» Il n'est pas dès lors étonnant que le Code de procédure ait » compris ces délais sous la rubrique des exceptions dilatoires, » quoiqu'il eût été plus convenable peut-être de suivre l'ordon- » nance de 1667, qui avait traité cette matière sous un titre par- » ticulier..... Mais résulte-t-il de là nécessairement que les dé- » lais expirés, le créancier puisse obtenir un jugement qui con- » damne le successible saisi *en qualité d'héritier* pur et simple, » s'il ne s'est pas d'ailleurs immiscé, ou bien s'il ne veut ni » accepter ni réclamer le bénéfice d'inventaire, ni renoncer....; » si, en un mot, il ne conclut que pour dire : *Je m'abstiens ou » je fais défaut?* Nullement; car en France nous n'avons jamais » eu et nous n'avons pas encore, malgré tout ce que la doctrine » enseigne sur l'article 789, d'*héritier nécessaire*, et il a toujours » suffi et il suffit encore de s'abstenir. *Sufficit abstinuisse*, di- » sent nos vieux coutumiers, et ils ont raison de le dire, car » autrement il faudrait déclarer abrogée la règle *n'est héritier » qui ne veut* [1]. Or cette règle a été reproduite par l'article 775 » du Code Napoléon dans des termes tels qu'il est impossible de » donner aux articles 797 et 800 le sens que la pratique leur » donne avec Pothier, d'après lequel l'héritier assigné doit in- » continent, après l'expiration des délais, ou défendre aux de- » mandes données contre lui, ou rapporter une renonciation, » sous peine d'être condamné comme *héritier* [2].

» Ainsi l'action du créancier contre le successible saisi n'a » qu'un but certain, c'est d'arriver en définitive à la déclaration » de *vacance*, si, comme le dit l'article 811, la succession n'est » *pas réclamée* à l'expiration des délais. C'est, du reste, ce qui » ressort des paroles de Tronchet à la séance du conseil d'État » du 16 nivôse an XI, lorsqu'il s'exprimait ainsi : « Jamais la fa- » culté de se porter héritier bénéficiaire n'a été limitée par un » délai; elle a toujours été conservée tant que les choses de- » meuraient *entières*, » c'est-à-dire tant qu'il n'y a pas eu *im-*

[1] A moins qu'on ne considère les articles 797 et 800 comme consacrant une exception à l'article 775, ainsi que nous le faisons dans notre système. On pourrait même soutenir qu'il n'est pas nécessaire rigoureusement d'aller jusque-là, car l'article 797 peut s'interpréter, à la rigueur, par la supposition légale *de la volonté d'être héritier* au cas qu'il prévoit.

[2] V. Pothier, *Introduction au titre* 17 *de la coutume d'Orléans*, § 4, n° 70.

mixtion volontaire, judiciaire [1] ou légale [2]. « Ce principe, ajoute » Tronchet, ne porte préjudice à personne. Les créanciers ont » un moyen de conserver et d'exercer leurs droits, puisqu'il y » a un inventaire et *un curateur à la succession vacante lorsque* » *aucun parent ne se présente;* » ou, ce qui semble être la même » chose, lorsque le parent qui se présente déclare que; *n'étant* » *pas tenu d'accepter la succession qui lui est échue* (C. Nap., » art. 775), il entend s'abstenir. »

Les partisans de cette théorie pourraient encore ajouter : « Comment admettre que ce système ne soit pas celui de la loi?... » Paul meurt à Paris, laissant deux enfants. L'un de ses créan- » ciers apprend que l'aîné demeure à Perpignan. Il charge un » huissier de le citer en justice en payement de sa part et por- » tion dans la dette héréditaire. L'huissier se présente au domi- » cile du fils. Il n'y trouve personne. Il laisse la copie de l'assi- » gnation entre les mains du mandataire légal (C. proc., art. 68, » 69, 8°, 9°), qui la remet ou ne la remet pas au successible » saisi; puis le créancier s'en vient devant le tribunal de l'ar- » rondissement dans lequel la succession s'est ouverte (C. proc., » art. 59), tenir ce langage : « *Paul me devait* 20,000 *francs. Il* » *a laissé un fils qui est je ne sais où* [3]. *Je l'ai fait assigner à* » *Perpignan, où il a demeuré en dernier lieu; en voici la preuve.* » *Veuillez donc, messieurs, avoir l'excessive complaisance, je* » *vous en requiers au besoin* (art. 797), *de condamner cet héri-* » *tier, qui m'est très-nécessaire, à me payer la moitié de mes* » 20,000 *francs.....* » Et le juge dira : *Oui. Filius..... ergo hæ-* » *res!....* Et le jugement sera exécuté par un procès-verbal de » carence! Et il acquerra l'autorité de la chose jugée! Et le fils » qui était en Amérique reviendra dans sa patrie avec la qua- » lité indélébile d'héritier nécessaire! Et il sera chargé de sup- » porter toutes les iniquités du défunt, sa bonne et sa mauvaise » foi, comme dit Cujas! Et il n'aura peut-être pas les biens; car » la Cour de cassation décide d'étranges choses en matière de

[1] Ce que j'appelle *immixtion judiciaire* est la condamnation du successible en qualité d'héritier pur et simple, acceptée par lui ou réputée acceptée par un acquiescement tacite, l'article 800 du Code Napoléon ne réglant au fond des choses, le plus souvent, qu'un cas d'*acceptation tacite de la succession.*

[2] C. Nap., art. 792, 797, 800.

[3] « Notez qu'il peut arriver qu'il soit décédé *medio tempore*, et cependant » mis en demeure de prendre un parti et condamné, alors qu'il est dans le » tombeau !.... *Un mort héritier nécessaire!....* »

» ventes faites par les héritiers apparents!... Tout cela est-il de » nature à satisfaire la raison?....

» En vain Jousse[1] et Pothier[2], et après eux la jurisprudence » des arrêts[3], s'efforcent d'établir que le jugement n'a l'auto- » rité de la chose jugée qu'à l'égard de celui qui l'a obtenu, et » que l'héritier, quoique condamné en qualité d'héritier pur et » simple, peut toujours renoncer à la succession si d'autres » créanciers viennent à le poursuivre....; ce n'est là qu'un ex- » pédient auquel il ne faut pas s'arrêter; car il n'apporte pas » remède au danger, puisque la créance pour laquelle condam- » nation a été obtenue peut être supérieure à la fortune du suc- » cessible, qui ignore probablement, ou qui peut très-bien » ignorer tout ce qui se passe.

» Il y a donc nécessité de retourner au droit de nos pères, et » de décider avec Tiraqueau que l'héritier ne peut jamais être » condamné en cette qualité, *à moins d'immixtion* de sa part, » suivant la règle *n'est héritier qui ne veut.* »

57. Ce système ne manque pas assurément de logique, et il n'y a pour le contredire, sous le Code Napoléon, qu'un argument *à contrario* tiré de l'article 797. Aussi avons-nous hésité longtemps sur le point de savoir si nous ne l'adopterions pas comme base de *ces Études*. Mais nous avons fini par l'abandonner, par suite d'observations très-judicieuses que M. Valette nous a faites sur cette partie de notre travail.

D'une part, cette théorie s'est modifiée au contact des faits. Et, *d'autre part*, les délais d'inventaire et de délibération, organisés primitivement dans l'intérêt unique de la famille[4], ont pris un autre caractère, *d'abord* dans l'ordonnance de 1667, et

[1] Sur l'ordonnance de 1667, tit. 7.

[2] Coutume d'Orléans, *loc. cit.* — « Lorsqu'une erreur est commise, il est » rare qu'elle n'en entraîne pas d'autres à sa suite. Ainsi Pothier est contraint » d'aller jusqu'à dire que le mandataire général d'un absent (dont l'existence » est reconnue ou non contestée au moment de l'ouverture de la succession) » a le pouvoir de renoncer à l'hérédité pour éviter la condamnation de son » mandant, faute de prendre qualité!.... Ce qui est une erreur évidente. Mais » on voit qu'il craint d'arriver à l'écueil de l'hérédité nécessaire, et il cherche » tous les moyens possibles de l'éviter. (V. *Traité du mandat*, n° 163.) »

[3] Montpellier, 1er juillet 1828. — Toulouse, 25 juillet 1828; 1er avril 1844. — Bordeaux, 22 novembre 1844. — V. les *Codes annotés* de M. Gilbert, sur l'article 800. Toutes les autorités y sont citées.

[4] V. Heinneccius, *Elementa juris Germanici*, lib. II, tit. 10, § 313.

ensuite dans le Code de procédure et dans le Code Napoléon. En consacrant le système de l'exception dilatoire tel qu'il est réglé aujourd'hui, le législateur a voulu donner satisfaction tout à la fois aux intérêts de la famille et à ceux des créanciers. C'est ce qui résulte implicitement de l'article 797, qui dit au successible défendeur : « Quoiqu'en principe vous n'êtes héritier qu'autant » que vous le *voulez bien* (C. Nap., art. 775), néanmoins vous » serez considéré comme *voulant* être héritier, si, traduit en » justice en payement de la dette héréditaire, vous ne *voulez* » pas renoncer (art. 797). »

Mais remarquons bien qu'il ne s'agit, dans ce cas, que d'une *limitation* à la règle générale de l'article 775; car *nul n'est héritier qui ne veut, et n'est tenu de renoncer ni faire aucune déclaration, à moins que n'ait été ajourné pour déclarer s'il veut se porter héritier ou non : auquel cas sera tenu d'accepter ou répudier l'hérédité* [1].

58. Nous n'en dirons pas davantage quant à présent. Le lecteur verra notre théorie se développer dans les *Études* suivantes. Nous pouvons toutefois, dès maintenant, résumer le système de la saisine dans son ensemble, et poser les bases fondamentales de l'acquisition de l'hérédité par les héritiers légitimes.

CONCLUSION ET RÉSUMÉ DU SYSTÈME.

A. Saisine active.

59. L'héritier légitime, tant qu'il se trouve dans les délais qui lui sont accordés pour opter entre la confirmation de la saisine par l'acceptation ou la répudiation, c'est-à-dire tant que son titre héréditaire n'est pas éteint par le temps, tant qu'il n'est pas présumé avoir renoncé par une abstention trentenaire,

[1] Coutume de Poitou, art. 278. — On nous objectera peut-être qu'*autant vaut saisir l'héritier passivement*, DE PLANO, comme l'admettent nos jurisconsultes actuels, et que notre conclusion ne paraît être qu'un *échappatoire subtil*. A cela nous répondrons : 1° que lors même que l'*abstention* n'aurait pour résultat que d'empêcher l'abstenant trentenaire d'être considéré comme *irrévocablement acceptant* : ce motif serait suffisant pour la conserver; 2° que nous n'avons pas à faire la loi, mais seulement à l'interpréter. Ne savons-nous pas que le Code Napoléon est presque toujours une *transaction* entre les anciens principes coutumiers et ceux nés des besoins de la marche de la révolution. Nous ne devons donc pas nous étonner si ses auteurs, tout en conservant le principe de l'article 775, l'ont en même temps restreint, par les articles 797 et 800, dans les plus étroites limites.

est considéré par la loi comme saisi *activement*, au moment du décès, de tous les biens, droits et actions du défunt, même sans qu'il le sache [1].

Sous ce rapport, il lui suffit de ne pas *renoncer*, et on ne peut le forcer à *renoncer*.

De là il résulte que les événements appelés par la loi *acceptation pure et simple* (l'immixtion volontaire, légale ou judiciaire [2]) et *acceptation sous bénéfice d'inventaire*, ne font rien *acquérir* à l'héritier par eux-mêmes; que par conséquent ils n'ont et ne peuvent avoir d'autre résultat, sous ce rapport, que de confirmer la *saisine active* qui les précède, et de former obstacle à l'exercice du droit de renoncer.

B. Saisine passive.

60. L'héritier légitime, tant qu'il se trouve dans les délais qui lui sont accordés pour opter entre l'*acceptation* ou la *renonciation*, c'est-à-dire tant que son titre héréditaire n'est pas éteint par le temps (C. Nap., art. 789), tant qu'il n'est pas présumé avoir renoncé par une abstention trentenaire, n'est saisi *passivement* que sous la condition *s'il accepte* (C. Nap., art. 724, 775).

Il n'est jamais *héritier nécessaire;* d'où il suit :

1° Qu'il a le droit de *renoncer* pour le tout, afin d'éviter les inconvénients, quels qu'ils soient, attachés à l'acquisition de l'hérédité....;

2° Qu'il a le droit de *renoncer en partie*, en réclamant le bénéfice d'inventaire;

3° Qu'il a de plus le droit, sans même *renoncer ou sans réclamer le bénéfice d'inventaire*, de s'*abstenir* pour éviter toujours les inconvénients de l'acceptation pure et simple ou bénéficiaire, tout en conservant ses droits à l'hérédité jusqu'à la prescription de son titre, sauf la faculté accordée aux créanciers et aux légataires du défunt de le forclore de son *abstention* par des demandes en justice suivies de jugements de condamnations *devenus définitifs* (C. Nap., art. 797-800);

4° Et que la condition de la *saisine passive* (*l'acceptation ou les événements qui en tiennent lieu*, C. Nap., art. 792, 800) étant accomplie, la *saisine passive* vient se confondre avec la *saisine*

[1] C. Nap., art. 724, 784, 789.
[2] C. Nap., art. 774, 792, 800.

active, en rétroagissant au moment même du décès, et réaliser ainsi la pensée de l'article 724 du Code Napoléon, qui fait de l'héritier saisi le représentant juridique de la personne du défunt (C. Nap., art. 724, 777).

C. Règles qui relient entre elles les deux parties du système.

61. 1° *L'héritier est saisi dans son intérêt;* d'où il suit que l'on ne peut jamais rétorquer la *saisine active* contre lui, à moins que les conditions de la *saisine passive* ne se trouvent réalisées (C. Nap., art. 724, 775, 797, 800).

2° *La saisine active, et par suite la saisine passive*, périssent par l'abstention prolongée pendant le temps ordinaire de la prescription. Après trente ans, l'héritier saisi devient *étranger* à la succession (C. Nap., art. 789). Son titre héréditaire est éteint, et par conséquent le degré subséquent est saisi à la place du premier degré, dont le titre s'est évanoui par le fait seul du temps. Il ne peut plus alors s'agir d'*acceptation* ou de *renonciation*, parce que l'on ne peut accepter ou répudier qu'une hérédité déférée, et qu'après les trente ans la délation de l'hérédité a cessé d'exister au profit du successible utilement saisi dans le principe.

62. Voilà, ce nous semble, la théorie de la loi qui nous régit; c'est du moins ainsi que nous la comprenons.

Cette théorie diffère de celle qui est généralement admise en ce que l'*abstention* est restée, suivant nous, comme la base du système (C. Nap., art. 775), quoiqu'elle soit restreinte dans les plus étroites limites par les articles 797 et 800 du Code Napoléon : ce qui nous conduit à éviter l'*hérédité nécessaire* dans notre interprétation de l'article 789.

Elle diffère même de celle de M. Duranton [1] en ce que nous n'admettons pas, avec ce jurisconsulte, que l'héritier soit saisi *passivement, de plano*, par le fait seul de la loi, et sans aucune condition d'immixtion. Son interprétation de l'article 789 est sans doute excellente quant au résultat, mais elle est la condamnation de sa propre théorie, puisqu'il est obligé de virer de bord lorsqu'il arrive à cet article, et de dire : « L'héritier est » présumé *acceptant* pendant trente ans, mais après trente ans

[1] Le travail de M. Duranton sur le titre des successions a un cachet particulier qui le rapproche beaucoup du nôtre, au fond des choses.

» il est présumé *renonçant.* » La vérité est, comme je le démontrerai spécialement plus tard, qu'il n'est, pendant les trente premières années, présumé ni *acceptant* ni *renonçant* tant qu'il *s'abstient*, à moins qu'il ne soit légalement forclos du droit de s'abstenir par les créanciers et les légataires du défunt, qui usent de l'*exception* des articles 797 et 800 du Code Napoléon pour fixer définitivement le régime de la succession.

Réflexions générales.

63. Ce système, à son point de départ, est assurément le plus radical qu'il soit possible d'inventer pour réglementer la transmission des successions, surtout si l'on rapproche la règle *le mort saisit le vif* du principe des partages écrit dans l'article 883 du Code Napoléon qui la complète. Aussi n'est-ce pas sous ce rapport que nous l'avons critiqué. Si nous nous sommes permis de dire que le droit du Bas-Empire était, en cette matière, supérieur au nôtre, c'est parce que le Code civil ne nous paraît pas avoir tenu ses promesses et avoir suffisamment garanti les droits des tiers.

En effet, la théorie ci-dessus exposée, si remarquable à sa base première, finit, comme nous le verrons plus tard, par se compliquer d'éléments hétérogènes et par se relâcher dans l'exécution; de telle sorte qu'elle arrive, en définitive, au but que nous devons surtout nous proposer aujourd'hui, c'est-à-dire *à la protection utile et simultanée de la famille et du public,* avec moins d'énergie que celle du Bas-Empire [1]. Voilà pourquoi nous avons établi dans notre étude un système intermédiaire dans lequel nous avons cherché à conserver les avantages de la théorie romaine et de la théorie coutumière, tout en évitant, ou du moins tout en essayant d'éviter les inconvénients les plus graves que chacune d'elles entraîne à sa suite.

64. Mais si l'on peut reprocher au système admis par la législature française de ne pas être empreint toujours de l'énergie que réclament impérieusement de nos jours les crédits civil et foncier, qui exigent la *révision du bénéfice d'inventaire*, l'*introduction d'une véritable publicité* dans les droits de succession, et par conséquent une *immuabilité* des différents régimes suc-

[1] Les successibles des degrés subséquents, et même les cohéritiers, devraient avoir le droit de forclore *du droit d'accepter* l'héritier saisi qui s'obstine à garder le silence. (V. *suprà*, 7e étude, art. 13, 14, 15.)

cessifs plus caractérisée qu'elle ne l'est aujourd'hui, il n'en est pas moins éminemment *sage* et admirablement approprié à la famille coutumière dégénérée et à la société transitoire de l'empire. Il est même le seul qui puisse donner *une satisfaction de conciliation* à tous les intérêts contraires.

Ne peut-il pas arriver que les créanciers de la succession restent dans l'inaction pendant trente ans, et que cependant leurs droits ne soient point éteints par le temps? Est-il impossible que la prescription ait été suspendue ou interrompue à l'insu du successible? Est-ce que les intéressés n'ont pas pu agir contre un héritier apparent qui a disparu ensuite, ou contre un administrateur judiciaire de l'hérédité (C. Nap., art. 811, 813)?... Raisonnez dans ces espèces, sans l'*abstention*, dans l'hypothèse d'une saisine pure et simple telle qu'on l'entend communément, et vous arriverez à dire avec l'un des penseurs de notre époque, notre savant professeur M. Blondeau, que l'héritier saisi est irrévocablement acceptant faute de renonciation dans les trente ans (C. Nap., art. 784, 789)!.... Et votre conclusion inévitable sera..... l'*hérédité nécessaire*, en présence de la règle *n'est héritier qui ne veut!....*

Il est vrai que, pour sortir d'embarras, les expédients ne manqueront pas, et que des jurisconsultes d'un mérite incontestable, MM. Chabot, Marcadé et Dalloz, inventeront tout exprès un bénéfice d'inventaire qui viendra se produire précisément à une époque où le successible ne sera plus saisi!.... de sorte qu'on verra un héritier qui n'aura plus *la faculté d'accepter ou de renoncer* (C. Nap., art. 789), parce que son droit héréditaire étant éteint par le temps, il ne pourra plus valablement *accepter* et par conséquent *renoncer*, conserver encore la faculté d'*accepter sous bénéfice d'inventaire*, c'est-à-dire d'*accepter pour partie et de renoncer pour partie*, c'est-à-dire *d'accepter et de renoncer*[1] *!....*

[1] Dans ses rapports avec ses cohéritiers, l'héritier bénéficiaire est un *héritier pur et simple;* dans ses rapports avec les créanciers du défunt, il est héritier *renonçant.*

La faculté d'*accepter bénéficiairement* n'est d'ailleurs pas illimitée; elle n'a jamais, en France, duré que trente ans (V. Rousseau de Lacombe, *Rép.*, v° *Bénéfice d'inventaire*). Si Tronchet (V. *suprà*, n° 54) semble dire le contraire, c'est qu'il raisonne en se plaçant dans les trente ans qui suivent le décès. Au surplus, l'article 789 est général, et il ne fait aucune distinction entre l'*acceptation pure et simple* et l'*acceptation bénéficiaire.*

Mais le rationaliste les lira avec le plus grand plaisir; il admirera sans arrière-pensée leur profond savoir, et, *au cas particulier*, il rendra sans aucun doute hommage à leur habileté..... à se tirer d'un mauvais pas.

65. Il faut donc marcher avec M. Blondeau[1] ou avec nous. C'est l'*abstention restreinte* par le Code Napoléon avec l'hérédité volontaire ou à peu près volontaire, ou bien c'est le *filius..... ergo hæres*, exagéré encore, des anciens praticiens que Lebrun gourmandait avec tant de raison ; c'est la saisine implacable de M. Blondeau avec sa conclusion inflexible à l'hérédité nécessaire, quoique notre savant professeur ne veuille pas l'avouer.

D'un côté, c'est la famille qui, sans même savoir en fait que la succession lui est déférée et que les biens du défunt ont été usucapés par des tiers, peut se trouver ruinée par l'apparition soudaine d'un créancier de la succession qui a interrompu la prescription de son titre.....;

De l'autre, c'est toute l'histoire de la famille coutumière; c'est la *tendre* saisine passive de Tiraqueau, de d'Argentrée, limitée dans ses conséquences trop favorables à l'héritier saisi par Lebrun, par Pothier, pour satisfaire les intérêts des tiers autant que peut le permettre un système conçu en faveur de la famille; c'est l'*abstention* de l'article 775 du Code Napoléon, modifiée dans l'intérêt des créanciers par les articles 797 et 800 du même Code.

Si la succession est encore bonne après les trente ans de son ouverture, les héritiers saisis qui ont gardé le silence et qui n'ont pas été juridiquement forclos de leur abstention, ne pourront à la vérité en profiter suivant notre théorie; mais il est un terme aux faveurs, et il faut bien une limite à nos droits (C. Nap., art. 2252). Au surplus, ce que l'un sera présumé n'avoir pas voulu prendre ne sera pas perdu pour un autre, et l'hérédité encore avantageuse deviendra une épave pour les successibles des degrés suivants. Ce que la loi veut, c'est un successeur sans doute, mais elle veut aussi que ce successeur soit *volontaire*, et elle n'a jamais voulu en France, et elle ne veut pas encore qu'il soit jamais un *héritier nécessaire*.

66. Comment nos jurisconsultes ont-ils pu méconnaître ce

[1] V. aussi M. Demante, *Programme*, t. II, n° 119. — M. Mourlon, *Répétit. écrites*, art. 789, § 5, p. 106.

principe?.... Ils ont perdu, ce nous semble, la théorie de la saisine en décidant que l'article 789 avait fait de l'héritier qui s'est abstenu pendant trente ans *un héritier pur et simple*. Ne partageons pas leur erreur : ne voyons que les textes et leur histoire, sans nous préoccuper de tout ce qui a pu se dire, s'écrire ou se pratiquer depuis cinquante ans à cet égard. On ne trouverait pas en France un seul magistrat qui voulût accepter la conséquence finale de cette théorie ; tous reculeraient devant une pareille conclusion. Aussi n'existe-t-il aucun arrêt qui l'ait consacrée.

Le titre des successions est comme celui des hypothèques ; son interprétation est encore loin d'être faite. Avec la *transcription translative* de propriété comme base du système hypothécaire, et avec l'*abstention* comme base du droit de succession, presque tous les textes du Code Napoléon viennent se ranger d'eux-mêmes sous la plume de l'interprète. Sans la *transcription* et sans l'*abstention*, les deux titres principaux de l'œuvre du consulat et de l'empire sont *inintelligibles*, malgré les efforts qu'on a déjà faits et qu'on fera sans doute encore pour les expliquer.

A. HUREAUX.

ÉTUDES SUR LES REPRISES ET LES PRÉLÈVEMENTS.

Par M. Angelot, docteur en droit, avocat général à la Cour impériale de Riom.

(*Suite*[1].)

Communauté conventionnelle. — Reprise en nature du mobilier propre. — Droit de disposition du mari. — Prélèvement des valeurs réalisées à profit de la femme. — Concours avec les créanciers de la communauté.

§ 2. — Cas de renonciation à la communauté.

Dans notre précédent article, nous nous sommes efforcé d'établir, en faisant parler la tradition juridique d'où la loi actuelle est issue, que la femme acceptante est inhabile à prélever sur la masse de la communauté, *avant* tout partage, le montant de ses reprises, à l'exclusion des tiers créanciers, et

[1] V. t. VI, p. 408.

que, dans sa position analogue à celle de l'héritier bénéficiaire, elle a l'unique droit de *retenir*, en rendant compte à ses créanciers, ce qui *déjà* lui a été attribué par la liquidation pour le payement de ses reprises. Cette question est la seule que l'on ait agitée d'abord. On comprend sans peine que le rapprochement de la doctrine *sur le droit plus fort dans la communauté* dont Pothier signalait la naissance (V. *Successions*, chap. 5, § 1), avec les effets du partage et le bénéfice octroyé par l'article 1483, ait entraîné les esprits (faute d'un examen approfondi), à investir la femme acceptante d'une prérogative qui semblait inséparable de sa qualité d'associée co-propriétaire. Mais qui donc aurait jamais soupçonné que la même prérogative pût être conférée à la femme qui *renonce*, et ce, en vertu d'une raison d'*à fortiori!* C'est pourtant ce que nous voyons tous les jours. Et sur quoi se fonde-t-on pour juger de la sorte? Sur ce que la femme reprend ses propres fictifs ou la valeur de ses propres réels, non point à titre de créancière, mais à titre de *propriétaire* d'objets subrogés aux premiers. Le motif de décision est donc le même dans les deux cas d'acceptation et de répudiation de la communauté. En cela on est très-conséquent, si c'est l'être que de raisonner identiquement dans les situations les plus diverses; mais n'est-on pas plutôt très-inconséquent par cela même que l'on raisonne ainsi? Il est, en effet, dans le cas de renonciation de la femme, un point de vue si saillant que toute méprise est impossible à cet égard. Pothier l'a resserré dans ces quelques lignes où la lumière abonde : « L'effet de la » renonciation de la femme ou de ses héritiers est de les *ex-* » *clure* des biens de la communauté, desquels, en conséquence, » le mari ou ses héritiers demeurent *propriétaires* pour le total » *jure non decrescendi* » (n° 568). L'article 1492 de notre Code ne dit pas autre chose avec un laconisme plus énergique encore. L'article 1495, en assimilant les deux modes d'exercice des *actions et reprises* de la femme, *tant sur les biens de la communauté que sur les biens personnels du mari*, manifeste assez clairement que si la faculté de prélever *jure dominii* manque à l'encontre des biens du mari, elle ne saurait exister davantage à l'encontre des autres. Il n'en fallait pas plus pour trancher à tout jamais la question. Mais l'erreur a, comme la vérité, sa logique : elle l'a même beaucoup plus inflexible; or, une fois l'immunité du prélèvement décernée à la femme ac-

ceptante qui n'est cependant en présence des tiers que l'*associée* du mari leur débiteur, comment la refuser, sans une choquante iniquité, à celle qui est devenue, par sa répudiation, étrangère aux dettes de la communauté obérée, et qui vient y rechercher douloureusement quelques lambeaux de sa fortune détruite? Dans cet ordre d'idées et de sentiments, il y avait sans doute un *à fortiori;* mais (chose étrange et bien significative), les principes du droit résistaient plus invinciblement à l'*à fortiori* qu'au motif simple. Ne fallait-il pas en conclure que ce premier motif était erroné, sous peine de mettre aux prises, de la façon la plus criante, le droit et l'équité? La conclusion n'a pas été tirée par tout le monde, et c'est alors que la jurisprudence régnante qui sentait le besoin d'échapper à ce conflit, a évoqué, pour la circonstance, une entité juridique qui ressemble beaucoup à celles de la philosophie du moyen âge. Mais n'anticipons pas sur les idées modernes, et appelons d'abord en témoignage l'ancienne doctrine.

Certaines énonciations de Coquille pourraient prêter à l'équivoque. On s'y est en effet trompé à propos d'un passage dont le véritable sens a été péremptoirement fixé par MM. Coin-Delisle et Paul Pont. (V. *Revue critique*, t. IV, p. 550.) Ce savant commentateur se sert de termes analogues lorsqu'il dit à la question CXIV : « Quand la veuve n'a d'autre advantage que » celui de la coutume, en renonçant à la communauté, elle » perd sa part des meubles et conquets faits en la communauté, » et retire seulement son héritage ou *ses deniers sortissants na-* » *ture d'héritage propre et son douaire* ». Il faut donc étendre à cet énoncé l'explication que nous avons signalée sans la reproduire. Ajoutons seulement que le mot *retirer*, du texte qu'on vient de lire, ne doit pas nécessairement s'entendre d'une prélibation sur ce qui reste de la communauté répudiée; car le *douaire* était une portion des biens *propres* du mari. De cette première hypothèse, Coquille passe à une autre dont il formule ainsi l'exposé et la solution : « Quand par le traité de mariage, » il est réservé à la femme le choix de prendre la communauté » ou de s'en tenir à ses convenances; en renonçant, si elle re- » nonce, elle ne perd pas les meubles et autres biens qu'elle a » apportés, ains les reprend francs des dettes qui sont en com- » munauté ». Comment doit s'opérer cette reprise avec franchise? Ce jurisconsulte ne le dit pas explicitement. Mais si le

privilége sur le mobilier manque au retrait de ce qui avait été stipulé propre par la femme dans le cas précédent, pourrait-il raisonnablement appartenir à ce qui n'était qu'éventuellement propre une renonciation survenant? Où est d'ailleurs la fatalité qui oblige à interpréter ainsi la clause? Ne suffit-il pas pour la plénitude de ses effets qu'elle impose au mari la charge d'une sorte de restitution en entier de la femme contre les suites de la confusion des intérêts, et l'épouse est-elle autre chose qu'une créancière d'indemnité se pourvoyant par les voies légales sur les biens de l'époux, c'est-à-dire contributoirement sur les meubles, et hypothécairement sur les immeubles, soit *conquêts*, soit propres du mari. Nous disons *soit conquêts*, car il est très-important de remarquer que, dans l'ancienne école, on accordait unanimement à la femme *renonçante*, l'efficacité de son hypothèque légale sur les conquêts tombés désormais dans la masse des biens propres au mari. Cette femme primait donc ainsi les créanciers sur le gage *foncier;* mais elle ne prélevait pas à titre de propriétaire.

Écoutons maintenant Auroux des Pommiers, commentateur de la coutume du Bourbonnais sur la même *clause de reprise d'apport franc et quitte* en renonçant. Il nous enseignera (t. I, p. 414, n° 16), que : « l'on considère les deniers que » la femme met dans la communauté avec la faculté de les re» prendre, de même que les deniers dotaux, et qu'on leur » donne la *même faveur* parce qu'ils n'entrent dans la commu» nauté que sous une condition, c'est-à-dire en cas d'accepta» tion de la communauté. » Quelle est cette faveur? Serait-ce la reprise avant les autres dettes? Non, c'est tout simplement, voyons-nous plus loin, le cours des intérêts de la créance matrimoniale du jour où la communauté a cessé. Nous lisons d'ailleurs à la page 415 (n° 17), que, *sur les meubles, la femme n'a pas plus de privilége que les autres créanciers.* Il n'y a donc pas à s'y méprendre.

La pensée de Duplessis sur la même situation n'est pas moins claire, puisqu'il dit à ce sujet (t. I, p. 427) : « Pour » telle reprise, la femme a son hypothèque du jour du contrat » de mariage; mais sur les *meubles*, elle n'a que *contribution.* » Il témoigne avec la même netteté de son sentiment, quand il écrit à la page 460 : « Par la renonciation de la femme, géné» ralement tous les biens de la communauté demeurent au

» mari à la charge de payer toutes dettes de communauté; » mais aussi la femme reprend non-seulement sur tous les biens » de la communauté, mais aussi sur tous les *propres* du mari, » *sans distinction;* 1° ses deniers dotaux stipulés propres; 2° son » apport mobilier quand il y a cause de reprise, » et ces mots *sans distinction*, dont l'équipollent se retrouve dans l'article 1495 de notre Code, renferment l'argument irrésistible que déjà nous avons mis en saillie dans nos prolégomènes; ils procèdent de ce principe exprimé par les annotateurs à la page 443 : « que la femme qui renonce à la communauté est présu- » mée n'avoir jamais eu le droit de propriété sur les effets qui » la composent, et que, par *un effet rétroactif*, le mari est » présumé les avoir laissés dans sa *succession* ».

En fixant dans notre précédent article le véritable sens de la doctrine professée par Brodeau sur Loüet (lettre M, sommaire 8), et Bacquet (*des Droits de justice*, chap. 15, n° 63, et chap. 21, nos 269 et 270), nous avons recueilli d'avance deux suffrages de plus dans ce concert d'opinions unanimes; il nous suffira d'y renvoyer. Faisons de même, pour éviter des répétitions parasites, en ce qui regarde le passage de Renusson et les actes de notoriété du Châtelet, dont M. Paul Pont a tiré un parti si puissant dans sa seconde dissertation sur la matière. (Livraisons de mai et juin 1854, pages 555 et suiv.)

Ferrières nous a déjà fourni le concours de son autorité précieuse dans son commentaire de l'article 229 de la coutume de Paris, en proclamant que la femme renonçante doit subir le niveau général de la contribution sur les *meubles*. Mais nous pouvons recevoir de lui d'autres lumières. — En expliquant l'article 179 de la coutume relatif au cas de *desconfiture* du débiteur commun, il est conduit à parler des créanciers privilégiés sur les meubles. Après avoir rappelé que, dans les pays de Droit écrit, la femme jouit de ce privilége en vertu de la loi *assiduis*, il poursuit en ces termes (p. 1372) : « Dans la France » coutumière, la femme n'a aucun privilége sur les meubles et » effets mobiliers de *son mari*, elle y vient comme les autres » créanciers suivant le droit commun et ordinaire, excepté en » la coutume de Reims, lequel porte en l'article 256 » : (Cet article, cité comme exceptionnel, portait que le douaire et l'apport de la femme devaient être *payés avant toutes autres dettes*). Ferrières, il est vrai, ne dénomme expressément que

les *meubles du mari*. Mais comme, suivant l'ancienne doctrine, si bien résumée par Pothier (n° 568), tous les effets de la communauté deviennent, au cas de renonciation de la femme, la chose de son mari *jure non decrescendi*, il est évident que la vérité coutumière ainsi résumée tombe directement dans le domaine de la question qui nous occupe. Ce même auteur précise avec un grand sens, à propos de l'article 253 (t. III, p. 812), qu'autre chose sont les rapports des époux entre eux quand il s'agit de l'exercice des reprises; autre chose, leurs rapports avec les tiers créanciers de la communauté. « Entre les conjoints par » mariage et leurs héritiers, dit-il, les reprises ne se considè- » rent pas comme dettes communes, mais se prennent par dé- » traction et délibation, et comme par droit la propriété.... » C'est pour cela que les enfants héritiers de leur mère peuvent » faire ces reprises en *corps effectifs* de communauté. » Donc, *à contrario*, entre la femme et les tiers, les reprises se doivent *considérer comme dettes communes*, et n'emportent aucun prélèvement privilégié. Indiquons toutefois, comme paraissant contrarier la distinction sur ce point des deux ordres de rapports, un article de la coutume de Berry, rapporté par Ferrières lui-même, sous l'article 220 de la coutume de Paris (t. III, p. 95). Cette disposition est ainsi conçue :

« Et où il y aura convention par le contrat de mariage » qu'après le décès du mari, la femme se pourra tenir à la » communauté ou à ses conventions matrimoniales à son choix » et élection, ladite convention sera bonne et valable pour le » regard du mari et de ses héritiers; mais au préjudice des » *créanciers* ne vaudra ladite convention, si ce n'est pour le re- » gard de ce *qui est venu du côté* de la femme seulement, et » non pour l'avantage que le mari aurait fait à la femme de ses » biens par le contrat de mariage. » (V. t. VIII, art. 9.)

Il semble tout d'abord, à la lecture de ce texte que la femme puisse faire valoir, même *au préjudice des créanciers*, son droit de reprise en ce qui regarde *ce qui est venu de son côté*. Et cependant si l'on interroge le commentaire de Jean Mauduit sur la coutume du Berry (publié en 1623 avec les notes de Dumoulin), on y trouve écrit sous l'article 9 : « Mesmes » la femme pour sa dot, n'a plus de privilége qu'un autre » créancier sur les meubles de son mari deffunct, mais *tous* » viennent à contribution, qui est la desconfiture (Arrêt 38, de

» M. de Montholon) ». C'est donc à dire que la convention de reprendre *ce qui est venu du côté* de la femme renonçante, vaudra bien au préjudice des créanciers en ce sens qu'elle la rendra aussi créancière, mais ne lui conférera aucun *moyen* de payement par préférence sur ce qui échappe à l'impression de l'hypothèque légale.

Bourjon a été le fidèle écho du *Droit commun* de la France quand, prenant les devants sur Pothier, il a écrit à la page 643 : « Lorsque la femme ou ses héritiers ont renoncé à la commu- » nauté, toute la masse d'icelle reste au mari... C'est bien » moins un droit d'accroissement qu'un droit de *non-décroisse-* » *ment.* » Il tire un corollaire direct de cette prémisse à la page 658 où on lit : « Dans le cas de renonciation, la répétition du » propre fictif se fait en entier... C'est le *mari* qui le doit en ce » cas, et non la communauté qui reste en entier *confondue* avec » ses autres biens... Cette répétition, en ce cas, s'exerce *in-* » *distinctement* sur tous les biens du mari qui est le débiteur, » c'est-à-dire tant sur les biens de la communauté que sur ses » propres, ils sont *également* les gages de cette reprise. »

Lebrun enseigne non moins explicitement (p. 471, n° 46) que « l'effet ordinaire de la renonciation de la femme à la commu- » nauté est que toute la communauté appartient au mari ou à » ses héritiers, de la même manière que si la veuve n'y avait » *jamais* eu aucun droit. » Plus loin (p. 474), il explique en ces termes comment s'opère l'exercice des reprises : « La femme ou » ses héritiers, qui renoncent à la communauté, exercent » d'abord cette reprise sur la communauté, si l'on en peut sup- » poser une en ce cas, ou, *pour mieux dire*, sur les meubles et » conquêts, et subordinément sur les propres du mari. Que si » le contrat de mariage porte simplement que ces deniers réa- » lisés se reprendront sur les meubles et conquêts, et qu'ils ne » suffisent pas, cette clause passera pour une simple démon- » stration, non pour assignat limitatif ; en sorte qu'à défaut de » meubles et conquêts, la reprise se fera sur les propres du » mari. » L'auteur poursuit en reproduisant l'article 427 de la coutume de Bretagne, d'après lequel le mari débiteur peut, à *son choix*, faire *lever* les deniers réalisés de la femme, soit sur les meubles, soit sur les acquêts, soit sur ses biens propres. Voudrait-on jeter quelques nuages sur la pensée de Lebrun en faisant remarquer que, à la différence des jurisconsultes

précédemment invoqués par nous, il ne présente pas les reprises comme portant *indistinctement* sur tout ce qui se trouve, à des titres divers, dans la main du mari, mais bien comme pesant en premier ordre sur la masse de ce qui était et de ce qui, à ce point de vue, demeurait encore fictivement la communauté? Ce serait mettre abusivement en désaccord l'opinion indubitable et le langage très-naturel du savant commentateur. A-t-il entendu isoler, comme un être juridique toujours existant, dans le patrimoine du mari ou de ses héritiers, une communauté qui serait avant eux débitrice des reprises, et sur laquelle la femme pourrait exercer un prélèvement qui lui manquerait sur les biens propres de l'autre conjoint? En aucune façon, Lebrun a pris soin lui-même d'aller au-devant, pour la prévenir, de cette induction fautive en précisant par ces mots rectificatifs *pour mieux dire* que désormais toute communauté s'est évanouie par suite de la répudiation, et qu'il ne reste plus, au lieu de cette masse flottante entre les deux époux, que des *meubles* et des *conquêts* dont la qualification décèle pour les uns la nature, pour les autres l'origine. Toutefois, comme ces valeurs ont pour source l'actif de la société matrimoniale dissoute, il est de convenance et pour ainsi dire d'instinct qu'on les affecte en première ligne à l'extinction du passif. Mais c'est chose purement facultative, soit pour le mari, comme l'exprime l'article cité de la coutume de Bretagne, qui établit à ce sujet une règle exceptionnelle, soit, en vertu du droit commun, pour ceux qui poursuivent la réalisation du gage des reprises. D'une autre part, il a été démontré que Lebrun n'a pas entendu attribuer à la femme renonçante ou à ses ayants cause la faculté privilégiée de se payer par voie de délibation en *nature* sur les meubles et immeubles qui proviennent de la masse éventuellement commune et définitivement entrée dans le domaine du mari ou de sa succession. En effet, notre auteur, à l'exemple des autres, ne distingue pas dans ses énonciations la reprise qui s'effectue sur ces meubles et immeubles de celle qui a lieu sur les propres du mari (V. *loc. suprà cit.* et p. 499, n° 72; 500, n° 75; 501, n° 81). Dans l'un de ces deux derniers passages, il explique, à propos de l'assignat démonstratif déjà examiné par lui à la page 474, n° 3, « qu'à *défaut des meubles* et des conquêts, le mari devra *payer* » *la somme* sur ses propres, » conformément à un arrêt du 15 avril 1608. — Dans le second, il expose que « la femme ou

» ses héritiers *exécutent* leurs reprises et remplois sur *tous* les » biens qui restent au mari, tant propres que conquêts. » De ces textes, il résulte avec clarté que Lebrun n'entend point parler d'une dation en payement de meubles ou d'immeubles, puisqu'il spécifie un *payement de somme* après *exécution* sur les biens qui en sont le gage, et que d'ailleurs il confond dans une mutuelle assimilation ces mêmes biens, qu'ils soient ou non propres au mari; d'où il suit qu'on ne saurait admettre, quant aux uns, la prise en nature, sans l'admettre en même temps quant aux autres, résultat anti-juridique que nul n'oserait proposer. Ajoutons que le mot *assignat* employé par Lebrun implique ordinairement dans la langue du droit la simple idée d'une affectation où démonstrative ou limitative de certaines choses à la mise en œuvre d'une créance. — Mais voici quelque chose de plus décisif encore : le jurisconsulte, développant les applications de la clause de reprise d'apport franc et quitte, est amené (p. 501, n° 84) à mettre en présence la femme renonçante et les créanciers du mari. Il règle leur concours de la manière qui suit : « Si les meubles donnés en dot ont été prisés et » estimés, il faut suivre les distinctions établies au liv. II, » chap. 2, du droit du mari sur les propres de la femme, où » nous avons observé que, quand les créanciers du mari *de-* » *mandent une contribution*, la femme peut en faire excepter les » meubles par elle apportés qui ne consistent point en poids, » en nombre et en mesure, mais qui se considèrent par leurs » propres qualités comme un collier, des diamants, une tapis- » serie de haute-lisse et autres meubles de cette nature, dont » elle peut exercer la reprise mobilière. » C'est bien clairement dire que, sauf le cas où les meubles apportés se trouvent identiquement en nature, et peuvent être l'objet d'une revendication, la femme en est réduite à se faire payer contributoirement sur le gage commun. Donc, aucun prélèvement. Il résulte même de l'exposé de doctrine auquel Lebrun nous renvoie (V. p. 249, n° 53) que la revendication n'est pas ouverte à la femme quand les meubles (non fongibles pourtant) ont été *estimés*, c'est-à-dire vendus au mari.

Pour éclaircir, autant que possible, les ambiguïtés apparentes dont l'ancienne doctrine a plus d'une fois porté la peine en la faisant partager à la jurisprudence moderne, attachons-nous encore à fixer le véritable sens des notions formulées à ce sujet

par Argou dans son *Institution au droit français* (t. II, p. 63). Il s'agit pour lui d'expliquer les effets de la clause de reprise d'apport sur laquelle nous venons de consulter Lebrun. Après avoir dit que cette clause opère toujours contre les héritiers du mari, il l'examine en regard de ses créanciers, et distingue alors si la femme s'est ou non obligée envers eux. Au premier cas, la clause de reprise est inefficace à leur égard. Au second cas, ajoute-t-il, la femme, « au moyen de la renonciation, demeure quitte envers eux, quoiqu'elle reprenne dans la communauté ce qu'elle y a apporté; et l'on ne peut pas dire que » les créanciers sont trompés en cela, et qu'ils n'ont contracté » avec le mari que parce qu'ils lui voyaient une communauté » considérable, car ils ont dû savoir qu'il était marié, et s'informer des clauses de son contrat de mariage. » On peut être tenté d'induire de ce passage que la femme même renonçante reprend *dans* la communauté fictivement maintenue jusqu'à liquidation, et qu'elle prime tous les autres créanciers qui ont à s'imputer de ne pas avoir mieux tenu compte des stipulations matrimoniales. Que l'on interroge cependant d'autres parties de l'ouvrage, et l'on en recevra des réponses qui excluent toute équivoque. C'est ainsi qu'il est enseigné par l'auteur (p. 94), d'accord en cela avec tous les autres, que si la femme a une hypothèque tacite pour la restitution de sa dot sur les biens immobiliers du mari, « à l'égard des *meubles*, elle n'y a pas plus » de privilége que les autres créanciers, » et (p. 157) dans l'hypothèse même qui nous occupe que « quand la femme renonce » à la communauté, le remploi des propres aliénés se prend sur » *tous* les biens du mari *indifféremment*, parce que le mari étant » le maître de la communauté, il est censé avoir profité du prix » de l'aliénation des propres de sa femme. » L'adverbe indifféremment est ici la variante des mots : *sans distinction* et *indistinctement* que nous avons relevés sous la plume de Duplessis et de Bourjon. Toutes les opinions n'ont donc réellement qu'une voix pour proclamer que l'actif de la communauté répudiée se confond absolument dans le patrimoine du mari, débiteur de reprises, et que la femme ne peut l'y saisir qu'au moyen d'une action *in rem* (et non *in re*) soumise à la loi du concours sur le mobilier, sauf l'effet de l'hypothèque légale sur les conquêts transformés désormais en propres du mari. Ces principes, que Pothier a si nettement résumés, comme nous l'avons déjà in-

diqué au n° 568 de son traité, ne sont-ils pas l'âme de notre droit civil en cette matière, et n'en retrouvons-nous pas la sensible empreinte dans les articles 1494 et 1495 du Code Napoléon? C'est la question au seuil de laquelle nous avons été conduits en suivant le courant du droit ancien.

Il ne semble pas qu'elle puisse naître à qui lit les articles précités sous l'impression des enseignements du passé. Le premier n'est que la forme pratique du *Jus non decrescendi* dont parle Pothier. Le second en déduit la conséquence directe, à savoir l'identification des droits de la femme sur les biens de la communauté répudiée et sur ceux du mari. Aussi, les premiers interprètes du Code n'avaient-ils pas soupçonné la possibilité d'un dissentiment à ce sujet (V. Toullier, t. XIII, n° 286). Il faut descendre dans la suite des temps jusqu'en 1822 pour trouver un arrêt (celui du 25 juillet, de la Cour de Lyon) qui ait statué sur un débat de ce genre, et jusqu'au 15 février 1853 pour en trouver un qui ait consacré la faculté de prélever après répudiation. La Cour suprême, qui a rendu ce second arrêt, avait très-explicitement jugé en sens contraire (les 22 novembre 1837 et 28 août 1838) que « l'un des effets de la renonciation de la » femme à la communauté est de rendre le mari seul propriétaire des biens dont cette communauté se compose, mais que » ce n'est plus à titre de copropriétaire, mais *comme créancière* » *seulement* qu'elle exerce ses actions et reprises sur les biens » ayant appartenu à la communauté. » Aujourd'hui encore, plusieurs Cours, celle de Paris notamment, distinguent entre les deux cas d'acceptation et de répudiation pour n'admettre que dans le premier la délibation à titre de propriété. M. Dalloz, abordant le second au n° 2534 de son nouveau répertoire, ne peut s'empêcher de reconnaître que l'évanouissement de la qualité d'associé copropriétaire enlève à la femme le plus ferme appui de ses prétentions; mais il « lui *répugne* d'admettre qu'à » l'égard des créanciers la renonçante ait moins de sûreté que » celle qui accepte. » C'est bien là, prise sur le fait, la situation étrange que nous avons déjà fait ressortir — *à fortiori* en équité et en raison pour la femme qui renonce, — mais affaiblissement ou plutôt disparition complète des motifs de droit qui ont paru militer en faveur de l'acceptante. Une telle anomalie, peut-être unique, proclamait assez haut que ces motifs étaient sans valeur, et qu'il en fallait trouver d'autres qui légitimassent l'une

et l'autre solutions avec un degré de plus pour la seconde. M. le premier président Troplong avait, il est vrai, cru pouvoir échapper à cette fatalité logique par une théorie mitoyenne qui faisait de la femme une créancière privilégiée se payant en nature avant tous les autres (*Contrat de mariage*, n°s 274 et suiv.; 1635 et suiv.). Il voyait en elle un ayant droit qui *veillait sur ses gages*, et venait reprendre à *titre de dépôt* ses propres fictifs, qu'elle eût ou non accepté la communauté (n° 1829); mais était-ce une base solide du prélèvement sanctionné dans ces termes absolus par l'illustre jurisconsulte? Comment investir la femme qui renonce d'une sorte de nantissement privilégié, alors que par l'effet de sa détermination la saisine de la communauté tout entière s'est fixée rétroactivement sur la tête du mari ou de ceux qui le représentent, de telle façon qu'il est ou qu'ils sont réputés en avoir toujours été les seuls maîtres? La femme séparée de corps peut-elle même être regardée comme ayant jamais eu sous sa main un mobilier demeuré dans le logis dont elle était sortie? Cette solution procédait donc bien plus d'une inspiration morale que d'une déduction juridique. — La même indécision doctrinale caractérise l'arrêt célèbre du 15 février 1853. Toutefois, une analyse attentive peut y saisir le germe très-distinct de la conception qui devait bientôt se produire au grand jour. La Cour suprême y disait, en effet, que l'*actif de la communauté ne se compose que du surplus des biens, prélèvement fait des reprises de la femme qui agit à titre de propriétaire*. Cela ne pouvait s'entendre d'un actif net après retranchement du passif, puisque le droit rempli n'était pas une *créance*. Il s'agissait donc là d'un actif brut qui n'avait pu comprendre un seul instant l'objet de la *propriété* d'autrui. C'était donc dire implicitement que la femme reprenait ou prélevait en *dehors* de la communauté. Sa qualité d'acceptante ou de renonçante devenait par suite indifférente. La première n'ajoutait rien, la seconde n'ôtait rien à la puissance de la revendication *jure dominii*. Telle est précisément l'idée qui, vague d'abord et n'ayant qu'une imparfaite conscience d'elle-même, s'est peu à peu précisée et constituée sous une forme dogmatico-métaphysique. Voici quelle est cette forme ramenée à ses traits les plus essentiels. — A côté et au-dessus de la société d'acquêts ou de la communauté proprement dite, il y a une *masse indivise* dont la copropriété se répartit entre trois personnes : le mari, la femme

et la communauté. On la voit mentionnée dans les articles 1468, 1470 et 1474. C'est encore d'elle qu'il s'agit dans divers articles où le mot *communauté* est improprement employé, notamment dans l'article 1401. Cette masse est administrée par le mari avec une confusion qui n'est qu'apparente, et à un triple titre : 1° comme propriétaire; 2° comme maître des droits mobiliers de sa femme; 3° comme chef de la société conjugale. S'il est malheureux dans sa gestion, il commence par ruiner la communauté. Il se ruine ensuite, et il ne peut compromettre la position de sa femme qu'autant qu'il a épuisé les deux autres natures de ressources. Par l'effet d'une *subrogation virtuelle*, les capitaux transformés *continuent d'appartenir* à leur maître primitif. Au terme de l'association matrimoniale, la femme, soit qu'elle accepte, soit qu'elle renonce, prélève ou reprend les valeurs qui ont remplacé les siennes, non pas comme *copartageante* ou *copropriétaire*, mais comme *propriétaire exclusive*. Ce qui reste de la masse indivise devient inévitablement sa chose comme un dépôt sacré, en vertu du *dominium* le plus absolu, c'est-à-dire envers et contre tous. — Au cas de renonciation, il y a seulement cela de particulier que la *masse indivise* se compose de deux éléments au lieu de trois, l'élément communauté s'étant fondu dans les biens du mari. Mais la position de la femme n'en saurait être affectée. Toujours propriétaire de ce qui, dans la masse, représente ses propres fictifs, elle en a toujours aussi la distraction. Telle est la conception qu'ont à l'envi développée MM. Vavasseur, Caquot et Bouré, qui a fini par se glisser dans la jurisprudence, dont M. Dalloz a loué la *rigoureuse logique* et la *simplicité d'application* (1854, 1, 1), que M. Devilleneuve a recommandée comme *exacte*, et comme *montrant avec toute évidence le fondement du droit de préférence que l'on doit accorder à la femme* (1854, I, 162). Nous n'en contesterons ni la logique ni la simplicité d'application. Il ne lui manque que de prouver sa *vérité*. On a très-bien dit que la France est le *pays des conséquences*. Souscrivez au principe, et vous pourrez croire avec M. Caquot qu'il y a dans l'article 1468 une *clef* propre à ouvrir toutes les difficultés du sujet. Mais c'est au principe que nous demanderons compte de sa légitimité. Or, quel en est le pivot dans notre loi écrite? un *mot* jeté occasionnellement dans deux ou trois articles, comme il l'a été bien plus fréquemment dans le titre des *Successions* (ég. art. 830 et

831), sans qu'on en ait fait sortir de si grands effets. Mais en dehors des mille et mille raisons qui auront leur tour plus tard, est-ce que la longue série des textes qui ont réglé la communauté légale ou conventionnelle ne renferme pas une lumière éblouissante pour tout esprit non prévenu? De plus, les articles 1403, 1408 et 1473, qui ne sont que l'écho du langage traditionnel et usuel de la doctrine comme de la pratique, ne nous montrent-ils pas la communauté véritable (et non la masse) tour à tour créancière et débitrice de chacun des époux? Et cependant des articles tout voisins attribueraient un autre sens au mot *communauté!* Mais on a bien été jusqu'à soutenir que les articles 1401 et 1402 ne rendent pas la société conjugale propriétaire des biens acquis pendant le mariage.... Étrange mirage de la préoccupation! S'il était possible que cette codification, dont nous sommes si fiers, pût donner une ouverture fondée à de semblables jeux d'esprit, loin d'être un bienfait pour la société civile, elle n'en serait que le fléau. Ce ne sont point des jurisconsultes, mais des devins qu'il leur faudrait pour interprètes. Et d'ailleurs entendre ainsi la loi, n'est-ce pas lui faire faire un *miracle?* A ce point de vue, la Cour de Dijon a dit avec une sagacité parfaite dans son arrêt du 8 avril dernier (Dev, 2, 209) : « Il ne dépend d'aucun législateur d'empêcher que ce qui » est ne soit; il ne peut faire, par exemple, que celui-là ait » toujours été propriétaire *in specie* d'une chose dont il n'a » jamais eu la propriété. » C'est là pourtant le prodige qui s'accomplirait si la femme était à bon droit déclarée propriétaire des biens meubles et immeubles de la *masse* (c'est-à-dire de l'universalité), dans laquelle elle a versé des valeurs, qui ne sont susceptibles d'aucune suite. Peut-on comprendre une propriété sans assiette fixe qui planerait ainsi sur un patrimoine mouvant, toujours prête à s'y abattre comme l'oiseau de proie sur sa victime? Si le législateur avait jamais voulu que la femme primât tous les autres créanciers, il aurait pu sans doute réaliser sa volonté; mais il n'aurait fait tout au plus que livrer un gage en payement à la créancière; il ne l'aurait certes pas rendue propriétaire *ab initio;* car, encore une fois, on ne peut rien contre ces premiers principes qui sont les *rapports nécessaires des choses.* Le droit sanctionne, il est vrai, des fictions, notamment celle qui donne au partage un effet déclaratif. Mais, outre l'utilité sensible qui l'a fait introduire, elle ne fait aucune violence à la

raison. On comprend, sans effort, que le lotissement de la masse indivise soit réputé fait à l'instant même où l'indivision a commencé. Ici, au contraire, ce n'est pas d'une véritable indivision qu'il s'agit. La propriété qu'on suppose entre les deux époux et la communauté sur la *masse* ne porte point *in quilibet parte*. Elle se résout en une *juxtaposition* de trois catégories de biens échelonnés dans un ordre tel que ce qui en reste soit *virtuellement subrogé* aux valeurs apportées par la femme. Il n'y a donc aucun point d'appui pour la fiction qui l'investirait d'une propriété née au moment du mariage, continuée durant toutes ses phases, et se dégageant à l'heure où la société conjugale finit. Or, en droit, comme en poésie, la fiction doit avoir une racine de vérité, faute de quoi elle n'est plus qu'un vain caprice de l'imagination. Procéder comme on le fait dans le système de la *masse indivise* qui envelopperait la communauté, c'est créer à plaisir des causes pour expliquer les effets et mettre la vision à la place de la vue de l'esprit; c'est imiter (sauf le génie) le grand philosophe, qui, pour rendre raison de l'union de l'âme et du corps, inventait l'*harmonie préétablie*. Cette autre *invention* de la masse indivise, que la Cour de Nancy veut bien qualifier d'*ingénieuse peut-être*, tout en la rejetant « comme aussi contraire aux anciennes traditions juridiques » qu'au texte et à l'esprit de la législation » (arrêt du 25 janvier 1855), a paru si hardie à la Cour de Metz que, dans son arrêt du 12 juin de la même année, où elle embrasse très-résolûment la nouvelle doctrine, elle n'a pas osé s'en approprier la *clef*. Elle déclare donc « qu'il n'est pas besoin de rechercher » l'*origine*, et de définir la *nature* d'un droit clairement et for- » mellement exprimé en recourant, pour lui imposer un nom, » à des assimilations inexactes et à des qualifications *trom- » peuses;* qu'il suffit de dire avec la loi que, sur la masse des » biens, la femme reprend ses apports à titre de prélèvement. » C'est l'obéissance passive à ce que l'on croit être la volonté du législateur. On renonce à l'expliquer juridiquement; c'est moins *ingénieux*, il est vrai, mais c'est plus respectueux pour les principes. La Cour suprême ne s'est pas davantage approprié l'*invention* en termes explicites. Il est vrai (comme nous l'avons indiqué plus haut) qu'elle en a déposé le germe dans l'arrêt de février 1853. Mais dans ceux qui en ont confirmé la direction les 11 avril 1854, 2 janvier et 8 mai 1855, elle a réduit ses mo-

tifs de décision à une brève affirmation de propriété fondée sur la combinaison des articles 883, 1470, 1478, 1493, 1494, 1498, 1511 et 1514 du Code Napoléon. Elle a particulièrement invoqué l'équipollence prétendue du verbe *prélever* de l'article 1470, et du verbe *reprendre* de l'article 1493. Telle est l'unique base de cette jurisprudence anti-fiscale qui doit, dit-on, faire perdre au trésor *plusieurs millions par année* (V. Dalloz, 1855, 1, 32). Elle obéit évidemment dans cette assimilation forcée à l'*à fortiori* dont nous avons plus haut reconnu la puissance. Une fois la femme acceptante dotée d'une délibation privilégiée, il fallait, de toute nécessité logique et morale, faire un pareil sort à la renonçante, et, pour cette fin, assouplir, en les torturant, les textes les plus résistants. Cette nécessité fatale a tellement dominé et, il faut bien le dire, égaré les esprits que l'arrêt du 15 février 1853 ne s'était même pas mis en peine de la disparité des articles 1470 et 1493, et rattachait à l'un et à l'autre un droit identique de *prélèvement*. Puis, marchant toujours dans la même voie, il transportait de vive force dans le cas de renonciation, l'article 1471, qui établit l'ordre successif de l'exercice des reprises, eu égard à la diversité des biens appréhendés. La Cour de Metz raisonne de même dans son arrêt du 12 juin dernier. Voilà donc la communauté toujours debout en dépit de la répudiation de la femme, pour le plus grand bien de celle-ci. Qu'on le remarque, en effet : ou il faut, en prenant à rebours l'article 1495, octroyer à la femme le droit de reprendre *jure dominii* tant *sur les biens de la communauté que sur les biens personnels du mari*, — ce que personne encore ne s'est avisé de soutenir — ou il faut, pour limiter la reprise aux biens du premier ordre, admettre qu'il y aura *liquidation* de la communauté répudiée qui s'est pourtant anéantie et confondue dans la fortune propre du mari. Que dirait Pothier d'un tel état de choses? Pourrait-il y retrouver le fil si ferme de ses principes? Combien nous sommes loin de ce *droit plus fort dans la communauté* au cas d'acceptation, c'est-à-dire de partage déclaratif, que son orthodoxie n'osait pas accueillir ouvertement! (V. *Successions*, chap. 5, 561). Mais la doctrine régnante entraîne bien d'autres conséquences plus ou moins inévitables. — Évanouissement des hypothèques créées par le mari sur les conquêts malgré l'antériorité de leur naissance à celle de la reprise qui aura engendré la propriété en faveur de la femme, et effacement des privi-

léges les plus respectables et les plus nécessaires sur le mobilier (V. art. 2101 et 2102). Application incompréhensible de cette propriété au *prix* et aux *indemnités* mentionnés dans l'article 1493, ce qu'a pourtant soutenu Me Marie devant la Cour de Paris à l'audience solennelle dont on trouve le compte rendu dans la *Gazette des tribunaux* du 15 juillet dernier. — Disjonction des deux natures de biens qu'indique l'article 1495 pour faire de l'une l'objet d'un prélèvement *jure dominii*, et de l'autre l'objet d'une simple créance non privilégiée sur les meubles. — Interdiction au mari de se libérer en argent, puisqu'il y aurait expropriation de la femme.— Mise à la charge de celle-ci des risques de ce qui représente substantiellement ses premiers apports. — Inconcevable prééminence de position de cette femme à l'égard de celle qui est mariée sous le plus protecteur de tous les régimes, la dotalité. A cette dernière, la loi nouvelle aura retiré le privilége sur le mobilier conféré par la loi *assiduis*, et elle en aura investi la femme mariée sous le régime de la communauté, auquel, dans l'ancien droit, cette prérogative exorbitante ne fut jamais attachée! Et, chose on ne peut plus étrange, l'épouse dotale qui aura stipulé, en même temps, une société d'acquêts pourra trouver, sous forme de reprises dans cette stipulation *accessoire*, un moyen de recouvrement de sa dot, que ne lui aurait pas conservé la stipulation *principale*, regardée cependant comme si tutélaire! (V. arrêt de Rouen du 22 juillet 1854). — Comment enfin a-t-on pu méconnaître que le droit absolu de délibation brise violemment la *logique du système* de la communauté (suivant l'heureuse expression de l'arrêt de Bourges du 4 décembre 1854). Quel est, en effet, ce système tel que l'ont fait les mœurs et le temps? une société universelle de gains et de pertes entre les époux (art. 1838). Le mari, chef de cette société par droit de nature, l'administrant en *seigneur et maître*, traitant librement avec les tiers et leur conférant des titres efficaces, soit contre les associés, soit sur le patrimoine social; la femme partageant la bonne ou la mauvaise fortune de son mari, de même qu'elle a partagé ses travaux (*laborum periculorumque sociam*, comme le dit Tacite de l'épouse germaine); obligée de respecter et de subir les droits créés au profit des tiers par des actes dont elle pouvait bénéficier; mais recevant cependant de la loi de secourables contre-poids à la souveraineté maritale, dans la faculté de renoncer, dans l'acceptation restreinte que lui

permet un loyal inventaire, et dans l'octroi d'une hypothèque légale sur les immeubles du mari, gérant responsable de l'association conjugale. Au lieu de cet ensemble harmonique légué par les siècles, que nous donne la jurisprudence régnante? Un mari qui peut quelque chose, il est vrai, tant que la communauté dure; mais qui, son terme arrivé, voit tous les droits qu'il a fait naître dans le cercle de ses attributions légales, s'effacer impuissants et stériles devant ceux de son associée, au nom et dans l'intérêt de laquelle il administrait pourtant?... Si l'association n'a pas prospéré, les tiers en devront porter les premiers la peine; ils seront punis d'avoir eu confiance. Les reprises de la femme sont une arche sainte; quand les faits n'auraient pas parlé, serait-il bien difficile de deviner les conséquences d'un tel principe? discrédit de la communauté et du mari qui la représente, — exigence du concours de la femme aux engagements du premier... C'est ce qui se pratiquait déjà trop avant la jurisprudence actuelle de la Cour suprême, au point d'inquiéter les savants élaborateurs du projet de réforme hypothécaire. Mais que sera-ce donc à présent? Traitera-t-on jamais avec le mari sans exiger l'accessoire de la femme et la mise en gage de sa *propriété* éventuelle de l'actif de la communauté? Faudra-t-il donc un nouveau sénatus-consulte Vellèien pour y mettre obstacle? Mais l'interdiction du cautionnement serait un arrêt de mort civile contre les maris... De sorte qu'en définitive ce qui devait être l'exception deviendra l'état normal; la femme viendra inévitablement *doubler* son mari dans tous les actes un peu importants de la vie civile. Il n'y aura plus un seul administrateur de la société conjugale : il y en aura *deux*. La communauté sera *bicéphale*... Au reste, ce sont là des résultats bien prévus par nos contradicteurs, qui ne s'en épouvantent nullement; car nous trouvons écrit dans maint arrêt, et même dans le commentaire de M. Troplong (n° 1638) que « les créanciers qui se plaignent d'être primés par la femme ont à se reprocher de n'avoir pas requis son engagement... » C'est donc en pleine connaissance de cause que l'on souscrit au complet renversement de ce bel édifice de la communauté si sagement construit par nos pères, et fidèlement conservé jusqu'à ces derniers temps sous les auspices de cette maxime trop oubliée aujourd'hui : « *Minime sunt mutanda quæ interpretationem certam semper habuerunt* » (L. 23, Dig., *De legibus*).

Faut-il encore consacrer quelques lignes aux objections les plus saillantes qu'ait provoquées notre thèse? Il en est quatre que nous réfuterons succinctement avant de finir.

I. On oppose, en premier lieu, que l'article 1494 affranchit la femme renonçante *de toute contribution aux dettes de la communauté*, et que cependant elle y contribuerait si elle venait seulement au marc le franc avec les autres ayants droit sur les meubles et les conquêts, puisqu'elle perdrait ainsi sur ses propres tout ce qui lui enlèverait la contribution, et ce que lui aurait fait recouvrer un prélèvement *jure dominii*. — On s'étonne à bon droit qu'un tel argument ait pu séduire des esprits distingués. La Cour de Bourges s'est faite l'écho du plus simple bon sens, quand, dans ses arrêts des 4 décembre et 9 mars dernier, elle a répondu en ces termes à l'objection : « La femme » ne *paye* pas tout ce qu'elle manque de reprendre ». C'est, en effet, d'une obligation de *payer sa moitié* des dettes de communauté, que la femme est affranchie par l'article 1494; mais si elle n'est qu'une créancière à raison de ses reprises, *payera-t-elle* aux autres créanciers tout ce que ceux-ci toucheront contributoirement? L'absurdité est flagrante : aussi veut-on y échapper en faisant de la femme une *propriétaire* de ce qui *représente* ses reprises. Mais la question remonte alors à son point de départ: *Quelle est la nature juridique du droit de reprise?* et l'argument de l'article 1494 n'est plus qu'une pétition de principe.

II. On objecte encore qu'il faut à la femme un abri contre l'autocratie maritale, et qu'il ne doit pas lui être loisible, qu'il l'ait ou non voulu, de réduire à presque rien, par une mauvaise administration, la garantie pignorative que les reprises de son épouse auraient trouvée dans les conquêts et les meubles, s'ils eussent été libres d'autres dettes. Singulier effet d'une présomption qui trouble la vue des meilleurs esprits! La Cour d'Orléans, dans son arrêt du 24 mai 1854, va jusqu'à attribuer au mot *reprendre*, de l'article 1493, une vertu *historique* et résolutive en ce qu'il aurait été mis dans la loi moderne pour trancher les difficutés nées sous l'ancien Droit (difficultés imaginaires), et la Cour de Metz invoque hautement comme *principe salutaire du droit de prélèvement des apports de la femme sur les valeurs mobilières*, la maxime romaine : *Publice interest dotes mulieribus conservari* (Dig. fragm. 1, *De solut. matrimonio*).—Nous avons répondu d'avance à ces considérations en développant l'idée

mère de la communauté : association de la femme dans ses intérêts matériels aux destinées du mari, avec des tempéraments protecteurs, sans doute, mais non distinctifs de toute justice et de tout crédit à l'égard des tiers. Comment l'épouse qui risque, en se mariant, ses plus chers intérêts moraux, ne pourrait-elle pas risquer aussi sa fortune? Pourquoi le mari serait-il autre chose qu'un débiteur envers elle? Si elle est trompée dans sa confiance, soit par l'inhabileté, soit par l'immoralité, soit encore par la fatalité des événements, pourquoi serait-elle admise de préférence à se détacher après coup de la mauvaise fortune de celui qu'unissait à elle ce *consortium omnis vitæ* dont parle la loi romaine elle-même? Quant aux inspirations demandées à cette loi par la jurisprudence, elles nous montrent une fois de plus combien il faut être attentif quand on veut appliquer un droit mort à des institutions vivantes. Il y aurait à faire une intéressante étude sur les anachronismes en pareille matière. Bornons-nous à rappeler ici que la maxime *Publice interest* se rattachait directement chez les Romains à la pensée de favoriser *les secondes noces* après veuvage ou divorce : c'était une émanation des célèbres lois *Julia* et *Papia Poppæa* destinés à réparer la dépopulation de l'empire. Ce que nous apprend l'histoire à ce sujet, apparaît d'ailleurs dans le texte même qu'on invoque, et plus encore dans cette variante de la même sentence : *Republicæ interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt* (Dig. fragm. 2, *De jure dotium*). Que penser dès lors de la citation faite à propos de notre société moderne qui n'a certes ni le besoin ni l'envie de pousser aux secondes noces? Puis, comment se rendre raison d'un système de législation qui accorderait à la femme *commune*, c'est-à-dire mariée sous un régime inconnu des Romains, le bénéfice de la loi *assiduis*, tandis qu'elle le refuserait à la femme mariée sous ce régime de *dotalité* qui nous vient d'eux?

III. On trouve qu'il y aurait contradiction choquante à ce que l'épouse soit d'une part pourvue d'une hypothèque légale frappant non-seulement sur les immeubles du mari, mais encore sur les conquêts de communauté, et d'une autre part, dépourvue de tout privilége sur le mobilier. Cette objection a pris place dans l'arrêt de la Cour de Metz, du 12 juin dernier. — Il est évident qu'elle a une portée qui passe par dessus la question spéciale, car elle tend à demander pourquoi notre droit

civil n'a pas admis d'hypothèque sur les biens mobiliers. Répliquera-t-on que le législateur aurait pu gratifier la femme d'un *privilége* analogue à ceux qu'il a créés dans des dispositions usuelles? Nous dirons alors : Pourquoi n'aurait-il pas fait *expressément*, dans ce cas, ce qu'il a fait expressément dans les autres, alors surtout qu'il s'agissait d'ajouter au droit antérieur? Nous dirons aussi, pour aller au fond des choses, que les meubles d'un obligé sont naturellement le premier gage qui s'offre à la confiance et à l'action des créanciers (Arg. des articles 1409—1°, 2206 et 2212). Sont-ils exigeants? Ils requièrent des garanties immobilières ou des nantissements. Ne le sont-ils pas? Ils se contentent de cette garantie flottante qui s'attache au mobilier libre, et qui vaut surtout à leurs yeux comme indice de la position du débiteur. Cela posé, la loi devait-elle être prodigue de priviléges sur le mobilier? Ne fallait-il pas, au contraire, les renfermer dans d'étroites limites, et laisser du moins aux créanciers confiants la faible chance de se partager contributoirement le produit des meubles? Oui, la sagesse était là. Le législateur ne s'est donc point contredit quand, en octroyant à la femme une hypothèque légale sur les conquêts de communauté (ce qui du reste n'est pas explicite et soulève bien des dissidences), il lui a dénié tout droit privilégié sur les meubles.

IV. C'est encore dans l'arrêt précité de la Cour de Metz que nous rencontrons cette objection : « On ne comprendrait pas » qu'après avoir placé dans la loi civile une disposition donnant » à la femme un droit de prélèvement dont l'exercice se réduirait à la reprise en nature de ses biens personnels qui ne » sont point entrés en communauté, le législateur, en réglant » plus tard dans le Code de commerce, les droits de la femme » au cas de faillite du mari, eût pris, dans le même but, des » dispositions analogues dont la reproduction, en telle matière, » aurait été une superfétation et une inutilité, s'il ne fallait y » voir une dérogation au droit civil, justifiée par la différence » de la position de la femme et par l'état de faillite du mari.... » Si les dispositions de la loi commerciale ne devaient pas » être considérées comme une exception, il s'ensuivrait qu'on » n'aurait établi, quant à la reprise des apports sur les valeurs » mobilières, *aucune différence* entre les droits de la femme » d'un commerçant failli et ceux de la femme d'un non-com-

» merçant, résultat qui serait peu d'accord avec l'ensemble et » l'économie de la législation. »

Qu'il nous soit permis tout d'abord de rappeler les résultats de notre précédente étude en ce qui regarde le véritable esprit de la loi de 1838 sur le droit de la femme créancière de reprises : aucune admission implicite alors d'une délibation *jure dominii* comme consacrée par le droit civil, et conséquemment aucune intention de déroger à ce droit général par des dispositions restrictives en vue du cas de faillite. Il y a même cela de très-remarquable dans la discussion parlementaire, que MM. Persil et Tripier tenaient le droit commun pour contraire même à la reprise *en nature*, et voyaient une *faveur* combattue par eux dans l'octroi de cette reprise aux femmes de commerçants. Il nous suffirait donc de répondre à l'objection qu'elle se heurte contre un fait législatif inébranlable. — Mais serait-il donc vrai que, les choses étant ainsi, le règlement limitatif des droits de l'épouse sur le mobilier dans l'ordre commercial, fût une vaine *superfétation ?* Pour se désabuser de cette opinion, il n'y a qu'à préciser les différences de *mesure* de la reprise en nature exercée dans les cas ordinaires, et dans le cas de faillite. — L'article 554 du Code de commerce de 1808 dérogeait restrictivement au Code Napoléon : 1° En ce qu'il autorisait seulement la reprise de certains meubles prédéterminés; 2° en ce qu'il limitait la *provenance* de ceux qui pouvaient être repris à la donation par contrat de mariage et à l'hérédité, excluant ainsi la simple donation qui était plus accessible à la fraude. Quant à l'article 560 de la loi réformatrice de 1838, il est plus libéral que l'ancien Code aux deux points de vue dont il s'agit, mais il l'est moins que la loi civile (comme le faisait remarquer M. Dufaure), en ce qu'il exige une preuve d'*identité* formalisée dans un *inventaire* ou dans un *acte* authentique, au lieu de se contenter d'une justification quelconque. — Il est donc très-inexact de prétendre, avec la Cour de Metz, que notre interprétation de la loi civile réduirait la loi commerciale à n'être plus qu'un pléonasme inutile.

Nous touchons au terme de notre entreprise. Notre conviction n'a fait que se fortifier dans l'épreuve d'une discussion rigoureuse. Notre espérance d'un prochain triomphe de la vérité juridique s'est en même temps affermie. Nous ne pensons donc pas qu'il faille, avec M. Dalloz (1855, 1, 32), déclarer la juris-

prudence impuissante à *combler les lacunes de la législation*, et demander un *fiat lux* au législateur. Nous avons foi dans le mouvement spontané des esprits. La méditation et l'expérience les ramèneront inévitablement à la droite voie. L'arrêt solennel de la Cour de Paris, du 4 août dernier, précédé de conclusions si lumineuses, vient de nous apporter l'heureux présage d'une sanction plus solennelle encore de ce que réclament ensemble et la pure doctrine et les nécessités civiles. A. ANCELOT.

DE L'ACTION EN REDRESSEMENT DE COMPTE JUDICIAIRE.

Par M. Joccotton, juge de paix à Couches-les-Mines.

1. La règle de l'immutabilité du jugement, au regard du tribunal qui l'a rendu, souffre une exception que consacre l'article 541 du Code de procédure, ainsi conçu : « Il ne sera procédé à la » révision d'aucun compte, sauf aux parties, s'il y a erreurs, » omissions, faux ou doubles emplois, à en former leurs de- » mandes devant les mêmes juges. » Cette disposition est en parfaite harmonie avec l'article 2058 du Code Napoléon, qui porte que « l'erreur de calcul, dans une transaction, doit être » réparée. » Car on sait que la transaction est assimilée par la loi au jugement; « les transactions, dit l'article 2052, ont, » entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier res- » sort. » Elle est fondée sur l'équité naturelle, qui ne saurait voir un consentement libre dans une erreur de fait, *non videntur consentire qui errant*.

Mais il ne fallait pas, en permettant la réparation de ces fautes involontaires qui peuvent se glisser dans la sentence, autoriser les parties à revenir contre l'ensemble d'un compte fait sous les auspices de la justice et sanctionné par elle. On eût par là éternisé les procès. Aussi notre Code judiciaire, fidèle aux traditions de la sage ordonnance de 1667 [1], a-t-il formellement supprimé l'action en revision de compte. Prévenir de longues et coûteuses procédures, et surtout empêcher le scandale d'atteintes portées à la chose jugée, tel a été le but évident du légis-

[1] Tit. 28, art. 21.

lateur. Il faut donc distinguer avec soin l'action en redressement de l'action en revision, et maintenir strictement l'exception dont il s'agit dans les limites tracées par la loi.

2. La demande en rectification de compte doit énoncer taxativement les articles prétendus erronés ou qui auraient été, par inadvertance, portés au débit ou omis au crédit du demandeur. On ne serait point admis à critiquer *in globo* le reliquat fixé par un jugement, même en produisant des pièces qu'on n'avait pas présentées lors de ce jugement. En un mot, il est permis de signaler des erreurs particulières; mais on ne peut pas attaquer l'ensemble de l'opération. Une réclamation qui franchirait ces bornes précises devrait être repoussée comme constituant une demande en revision. Il n'est pourtant pas interdit de faire valoir des pièces nouvelles, pourvu qu'elles s'appliquent uniquement aux causes prévues par l'article 541 [1].

L'action en redressement de compte judiciaire ne peut porter que sur des erreurs matérielles et de fait, et jamais sur les décisions en points de droit, quelque fautives que soient ces décisions. Dans ce dernier cas, ce n'est plus par voie de rectification, mais par voie de réformation, c'est-à-dire devant le tribunal supérieur que la partie intéressée doit se pourvoir. Si donc les premiers juges ont, par exemple, en statuant sur des intérêts réclamés par le demandeur, inexactement fixé le taux de ces intérêts ou l'époque à partir de laquelle ils ont couru, le tribunal ne peut, sans excès de pouvoir, revenir contre une pareille décision, sous prétexte d'erreur de calcul [2]. Il en serait de même si la demande portait, non sur *un faux emploi*, mais sur *un mauvais emploi;* elle devrait être rejetée, parce qu'elle reposerait alors sur une erreur de droit et non sur une erreur de fait [3]. Il faut, enfin, pour que cette action soit recevable, que le jugement rendu sur le compte n'ait pas déjà statué sur les erreurs ou omissions signalées; autrement il y aurait chose jugée, et l'appel serait la seule voie de recours praticable en ce cas [4].

Mais, d'ailleurs, il importe peu que l'erreur ait été commise par le fait du juge ou par le fait de la partie. Peu importe

[1] Merlin, v° *Compte*, § 1.
[2] Cassat. 8 juin 1814; *Lecarpentier C. Enfantin.*
[3] Cassat. 2 mars 1831; *Milcent C. Letondal.*
[4] Pigeau, *Procéd.*, t. II, p. 436. — Favard de Langlade, *Répert.*, t. I, p. 61.

encore que cette partie ait, depuis le jugement, sollicité un délai pour satisfaire aux condamnations prononcées contre elle ou qu'elle ait même payé le reliquat du compte. La loi suppose ici un défaut de consentement qui ne peut être couvert par une ratification tacite.

3. Des observations qui précèdent, et dans lesquelles sont retracées sommairement les conditions de recevabilité de la demande en rectification, nous avons maintenant à déduire le caractère circonstanciel de cette demande. Est-elle principale et introductive d'instance? Est-elle simplement incidente ou accessoire? Si le législateur n'eût pas aboli l'action en révision, on serait assurément fondé à soutenir qu'elle constitue une demande principale et introductive. En effet, cette action porte sur l'ensemble du règlement judiciaire; elle remet en question le litige entier, comme s'il n'était point intervenu de jugement; en un mot, elle n'a pas un rapport de dépendance avec l'instance primitive en reddition de compte. En est-il de même de la demande en rectification? N'existe-t-il pas, au contraire, une différence profonde entre les deux actions, soit pour ce qui concerne leur objet, soit en ce qui touche leurs motifs? L'objet de la première, c'est la réformation complète du règlement judiciaire; l'objet de la seconde, c'est le changement de quelques articles isolés. L'une a pour motif des erreurs de droit et tend à violer la chose jugée; l'autre porte sur des fautes de calcul et d'inadvertance et respecte les bases du jugement. Or, puisque le juge est lié par la sentence qu'il a rendue sur le compte, puisqu'il ne peut pas s'écarter des dispsoitions fondamentales de cette sentence, sans commettre une contravention expresse à l'article 541, n'est-il pas clair que la demande en redressement de compte se rattache par un lien étroit à l'instance en reddition, qu'elle est connexe à celle-ci, qu'elle en dépend d'une manière essentielle, et que, par conséquent, la demande en reddition de compte étant principale et introductive, l'autre se trouve nécessairement incidente ou accessoire?

4. C'est bien ainsi que l'a entendu le législateur lui-même. Écoutons les observations du Tribunat sur ce point[1] : « L'in-
» tention des auteurs du projet est très-certainement que ces
» demandes soient portées devant les mêmes juges; *il ne s'agit*

[1] Locré, t. XXII, p. 376.

» *pas, en effet, dans l'espèce, d'une action principale et intro-* » *ductive d'instance; ce n'est jamais qu'une suite de l'instance de* » *compte*, et le tribunal qui a prononcé sur le compte est le seul » à portée de vérifier s'il y a eu erreur, omission, etc. » Et quel était l'amendement proposé par le Tribunat? C'était d'ajouter au projet de l'article 541, après ces mots qui le terminaient : *à en former leurs demandes*, ceux-ci : *devant les mêmes juges*. Or cette disposition importante fut ajoutée, en effet, à la rédaction projetée, ce qui démontre bien que le conseil d'État partageait l'opinion des tribuns sur le caractère de la demande en redressement.

A la vérité, on ne crut pas devoir également admettre une autre proposition du Tribunat, laquelle consistait à permettre d'assigner le défendeur au domicile de son avoué, si la demande en rectification était formée dans les six mois de la date du jugement, conformément à la règle établie pour la signification de la requête civile. Que conclure du rejet de cet amendement? — Que le législateur a voulu repousser l'opinion du Tribunat sur la nature de l'action en redressement de compte? — Non, puisque cette proposition portait uniquement sur la forme de la demande et non sur son caractère; que d'ailleurs la loi elle-même n'a prescrit, au lieu de la marche indiquée par le Tribunat, aucun mode exclusif de présenter cette demande. Au surplus, malgré certaines divergences qui séparent, au fond, notre action en redressement du pourvoi en requête civile, on ne saurait nier qu'aux yeux de la saine doctrine, ces deux actions n'offrent entre elles, sous quelques points de vue, la plus grande analogie.

Il est même vrai que M. Locré, secrétaire du conseil d'État, a dit[1] « que ces sortes de demandes étant considérées comme » nouvelles et détachées de celle sur laquelle on a prononcé, » elles doivent être présentées dans la forme ordinaire. » Ceci est beaucoup plus positif, j'en conviens, et cette autorité est considérable. Mais remarquons d'abord que rien ne prouve ici que l'opinion de M. Locré ait été partagée par le conseil d'État, puisque les procès-verbaux des délibérations du conseil, sur le titre IV du Code de procédure *des redditions de compte*, n'en font aucune mention. Toutefois, admettons qu'il en soit ainsi,

[1] T. XXII, p. 180.

et que la pensée du conseil d'État ait été, sur ce point, exactement traduite par son secrétaire. Il n'en est pas moins vrai que la loi garde le silence à cet égard, d'où l'on doit induire qu'elle a laissé à la doctrine et à la jurisprudence le soin d'interpréter ses dispositions. Or, nous espérons démontrer que, des deux systèmes mis en avant, c'est celui du Tribunat qui se justifie le mieux par l'application pratique des principes déposés dans notre Code judiciaire.

5. Supposons d'abord que, dans le cours d'une instance en reddition de compte, les parties, après débats, soutenements et réponses, fournis devant le juge-commissaire, viennent à se concilier par la médiation de ce magistrat, et que leur accord soit consigné dans le procès-verbal de clôture. L'une d'elles découvre ensuite une omission ou un double emploi du compte à son préjudice. Assurément, elle a le droit de relever cette erreur et d'en demander la réparation devant les mêmes juges qui ont été saisis de l'instance primitive. Car les rectifications de ce genre, proposables même après l'apurement du compte par un jugement, le sont, à plus forte raison, lorsqu'il y a eu seulement clôture du procès-verbal du juge-commissaire, et lorsqu'il n'y a point de jugement rendu sur le compte[1]. Or, il n'est pas possible de soutenir sérieusement que cette demande est principale et introductive d'instance. Évidemment elle se rattache à l'action originaire en reddition de compte; elle en est une dépendance nécessaire; d'où il suit qu'elle constitue une véritable demande incidente, dispensée du préliminaire de conciliation, et qu'elle doit être formée, non par un assignation ordinaire, mais par un simple acte d'avoué, conformément à l'article 337 du Code de procédure.

6. Veut-on supposer maintenant que la sentence, portant règlement de compte, est intervenue par défaut contre l'une des parties. Dans ce cas, la partie condamnée se pourvoit en opposition contre le jugement; et comme cette opposition, lorsqu'elle est régulièrement formée, anéantit la sentence et rétablit les parties dans tous leurs droits, il est clair que s'il existe, dans le règlement de compte, des erreurs matérielles, elles peuvent être rectifiées par le tribunal même duquel émane le jugement par défaut, sur la requête de l'opposant, et sans qu'il soit

[1] Rejet, 28 novembre 1842; *Pal.*, 43, 1, 454.

besoin d'une action nouvelle. La réclamation de celui-ci n'est certainement pas une demande principale, mais tout simplement un incident de l'instance primitive.

7. Nous arrivons à l'hypothèse d'un jugement contradictoire et définitif. Voyons le cas où ce jugement a été rendu en premier ressort. Les parties peuvent-elles en appeler, pour obtenir le redressement des calculs inexacts, ou doubles emplois qu'il contient? — Le texte de l'article 541 décide nettement la négative. Il veut, en effet, que la demande soit portée *devant les mêmes juges* qui ont prononcé la sentence entachée d'erreurs matérielles, parce que ces mêmes juges sont plus à portée de vérifier et corriger le compte débattu devant eux; parce qu'il ne convient pas de porter devant une autre juridiction une réclamation de ce genre; parce qu'enfin, comme l'a dit le Tribunat [1], cette demande n'est jamais qu'une suite de l'instance de compte. L'appel est donc non recevable dans cette circonstance, ainsi que l'a jugé la Cour de Bordeaux, par un arrêt du 30 mai 1840 [2]. C'est à tort qu'un commentateur justement estimé [3] prétend que la nécessité d'une action particulière en rectification ne se fait sentir que lorsque le jugement est passé en force de chose jugée. On vient de voir, et nous croyons avoir démontré que, lors même que le jugement est susceptible d'appel, c'est devant les premiers juges que doit être portée la demande en redressement. Toutefois, si les parties se trouvaient en instance d'appel sur des chefs concernant le fond de la sentence et les bases du reliquat, elles auraient le droit de demander à la Cour la réformation des erreurs matérielles commises par le tribunal du premier degré, parce qu'ici le principal doit entraîner l'accessoire, et que, dans la procédure, il faut éviter, avant tout, des instances multiples et des frais inutiles.

Il en est de ce cas comme de celui où des prétentions nouvelles sont élevées sur le compte, soit par l'appelant, soit par l'intimé. Ce sont des incidents qui n'ont pas besoin d'être renvoyés devant les juges du premier degré, comme le soutient l'auteur que nous venons de citer [4]. La Cour a le droit d'en connaître, *omisso medio*, parce qu'on ne peut voir dans ces in-

[1] *Loc. cit.*
[2] Devill., 40, 2, 367.
[3] M. Chauveau sur Carré, q. 1886 *quinquies*.
[4] M. Chauveau sur Carré, *loc. cit.*

cidents que des moyens de compensation ou des défenses à l'action principale, et que l'article 464 C. procéd. permet aux parties de former ces sortes de demandes pour la première fois en appel. Elle a le droit d'en connaître, parce que l'art. 472 lui attribue l'exécution de ses arrêts infirmatifs, d'où il suit que si elle réforme certains points de la liquidation faite par les premiers juges, il lui appartient de reviser l'ensemble du compte, d'après les nouveaux éléments qui lui sont offerts par les parties.

Ce point de doctrine me paraît ressortir, avec évidence, de la discussion qui eut lieu, sur ce sujet, au conseil d'État [1].

« M. Réal, revenant à l'article 463 (472 du Code), observe qu'il est impossible de n'y pas déroger, du moins pour les redditions de compte. Si, par exemple, le jugement de première instance déclare qu'il y a compte, et que l'arrêt intervenu sur l'appel ordonne qu'il sera procédé à un compte nouveau, comment ce compte pourra-t-il être rendu devant la Cour d'appel et sans l'intervention du premier juge? En général, l'article 463 (472) ne peut être maintenu sans que beaucoup de questions ne soient décidées *omisso medio.* »

« M. Treilhard dit qu'il n'est pas touché de cette réflexion. Les parties ont été entendues et jugées en première instance; quel serait donc l'inconvénient de laisser la Cour d'appel, lorsqu'elle réforme le jugement, revoir elle-même le compte et l'arrêter? Sans doute que quelquefois la Cour d'appel sera forcée de prononcer sur des questions incidentes; mais faut-il, pour cette raison, obliger des plaideurs qui, sur le fond, ont parcouru les deux degrés, de recommencer le procès, surtout lorsque ensuite ils doivent encore revenir au juge d'appel? L'usage d'ailleurs a consacré cette doctrine : souvent le parlement ordonnait que les parties compteraient devant le greffier. L'objection n'est fondée que lorsque la contestation s'engage avec un tiers, attendu que ce tiers n'aurait pas l'avantage des deux degrés de juridiction, si la Cour d'appel pouvait d'abord prononcer. »

M. Defermon insiste, en disant « que, dans les contestations dont il s'agit, la question principale est de savoir s'il y a lieu à compter, ou si les exceptions que propose le défendeur sont

[1] Locré, t. XXII, p. 297.

admissibles. C'est sur cette question que prononcent d'abord et le tribunal de première instance et la Cour d'appel. Mais quand l'un et l'autre ont décidé que le compte est dû, il reste à juger le compte même. Or, il faut que, sur ce second objet, les parties aient les deux degrés de juridiction, comme sur la question principale. La mesure qui a fait renvoyer au tribunal de première instance l'exécution de l'arrêt intervenu sur des jugements préparatoires, doit aussi y faire renvoyer les redditions de compte. »

M. Muraire répond « que ce raisonnement n'est concluant que dans l'hypothèse où la question principale aurait seule été jugée au tribunal de première instance. Mais on va plus loin; car on voudrait que la Cour d'appel ne pût connaître d'une liquidation de fruits, qui est nécessairement incidente à la demande principale, ni du compte, lorsqu'il n'est également qu'un incident. C'est là ce qu'il est impossible d'admettre : il faut autoriser, en général, la Cour d'appel à faire exécuter son arrêt, toutes les fois qu'elle ne croit pas devoir renvoyer aux premiers juges. »

Après d'autres observations présentées en sens divers par d'autres membres du conseil d'État et le résumé fait par M. l'archichancelier, le conseil décide : 1° que le juge d'appel renverra au premier juge la reddition, lorsqu'il aura été prononcé nuement sur la question de savoir si un compte était dû; — 2° que hors ce cas il pourra retenir, sauf les exceptions qui seront déterminées. » Remarquons de suite qu'il n'a été apporté à cette seconde règle aucune exception.

Voilà l'origine et le plus sûr commentaire des articles 628 et 641 du Code de procédure. Et de là il résulte bien que toutes les fois que le débat ne porte pas sur le droit du demandeur à exiger un compte, toutes les fois que les parties présentent, en appel, des moyens nouveaux, des demandes incidentes sur lesquels il n'a pas été statué par les premiers juges, la Cour est compétente pour en connaître, tout aussi bien que pour statuer sur les griefs fondés sur des erreurs de droit et de fait qu'on fait valoir devant elle en même temps.

8. Notons encore, en appliquant la disposition finale de notre article 541, que si le défendeur à l'action en redressement de compte a, depuis le jugement rendu sur la demande principale, transféré son domicile dans un autre arrondissement, la règle

spéciale de compétence établie par cet article l'emportera sur la règle *actor forum rei sequitur ;* c'est devant le tribunal qui a déjà statué sur le compte que le défendeur devra être assigné, et non devant le tribunal de son domicile.

9. Enfin, si l'on envisage le jugement liquidatif comme rendu en dernier ressort, ou passé en force de chose jugée, l'action en redressement ne peut, même dans ce cas, être qualifiée de demande nouvelle et principale, quel que soit le temps écoulé depuis ce jugement. Si c'était une demande principale, elle devrait être instruite et jugée comme la demande originaire en reddition de compte. Ainsi, il faudrait qu'elle fût d'abord soumise au préliminaire de conciliation; qu'il intervînt un premier jugement, préparatoire ou interlocutoire, ordonnant la rectification et nommant un juge-commissaire; que le compte fût rédigé, présenté avec les pièces justificatives et affirmé par le rendant; qu'il fût ensuite signifié à l'avoué de l'oyant; qu'au jour fixé par le magistrat commis, le compte fût débattu devant lui par les parties; qu'il fût dressé un procès-verbal de ces débats, et rapport fait à l'audience par le juge-commissaire, sur lequel rapport il serait finalement prononcé par le tribunal. Il faudrait aller jusque-là pour justifier la thèse que je combats, et c'est aussi l'avis qu'émet formellement un des partisans de cette opinion [1]. Or, je soutiens qu'une telle marche de procéder est en contradiction flagrante et avec le texte et avec l'esprit de la loi. Avec son texte : l'article 541 proscrit d'une manière positive l'action en révision de compte. Eh bien, je le demande, la marche qu'on indique est-elle autre chose qu'une instance en révision de compte? Toutes ces opérations, déjà faites une première fois et qu'on reprend en sous-œuvre, ne tendent-elles pas évidemment à revenir sur l'ensemble de la liquidation? Avec l'esprit de la loi : il est impossible de croire que le législateur, qui est toujours ou qui doit toujours être avare de formalités superflues, ait entendu prescrire un pareil luxe de procédures, lorsque ces procédures ont déjà eu lieu, lorsque toutes les mesures nécessaires pour éclairer la justice ont été prises auparavant, lorsqu'enfin il ne s'agit plus que de vérifier des erreurs de calcul.

Une dernière considération va mettre en relief le caractère

[1] M. Chauveau sur Carré, q. 1887 *ter*.

vrai de la demande en redressement. Lorsque, dans un arrêt contenant liquidation, il s'est glissé des fautes de calcul, des omissions ou doubles emplois, si l'on veut se pourvoir en rectification, c'est, sans contredit, devant la Cour qui a rendu cet arrêt que l'action doit être portée, *omisso medio*. L'article 541 est formel, et ses dernières expressions ne laissent aucun doute à cet égard. Or, n'est-il pas clair que si cette action était, comme on le prétend, une demande principale, introductive d'instance, elle devrait subir le premier degré de juridiction?

Des observations qui précèdent il faut conclure que la demande en rectification doit être formée par requête d'avoué, lorsqu'on l'exerce dans l'année de la prononciation du jugement, et par assignation ordinaire, lorsqu'elle intervient après ce délai; mais que, dans tous les cas, elle doit être instruite sommairement; articles 406 et 1038 C. procéd.

10. Quelle est la durée de notre action? — Ce n'est pas à la prescription de dix ans qu'elle peut être soumise, attendu que cette prescription s'applique à la rescision des contrats et que, même en assimilant les jugements à des transactions, il ne s'agit point ici de faire rescinder un jugement, puisqu'on est obligé, au contraire, en demandant la réparation des erreurs matérielles qu'il renferme, d'en respecter soigneusement les bases. Alors même que l'action en redressement aurait pour objet un compte de tutelle, le tuteur n'aurait pas le droit d'invoquer, dans cette circonstance, la prescription décennale, comme le soutient, par erreur, le docte et judicieux Pigeau[1]. L'article 475 du Code Napoléon couvre bien de cette espèce de prescription *les faits de la tutelle*, mais non pas les omissions ou doubles emplois du compte tutélaire, ce qui est bien différent. En d'autres termes, si le mineur néglige, pendant dix ans à partir de sa majorité, de réclamer au tuteur le compte de sa gestion, la loi présume qu'il y a renoncé. Mais si le compte a été rendu, et qu'il s'y trouve des erreurs ou omissions, le silence du mineur, parvenu depuis dix ans à sa majorité, n'est pas, d'après cet article, une approbation d'inadvertances dont les juges eux-mêmes se sont rendus complices.

Reste la prescription de trente ans, puisque nos Codes ne

[1] *Comment.*, t. II, p. 135, sur l'article 541.

contiennent point de statut particulier sur cet objet, et que la prescription trentenaire enveloppe, de par le droit commun, toutes les actions personnelles. Trente ans pour critiquer un jugement dans ses dispositions les plus secondaires, la menace d'un procès suspendue, pendant trente ans, sur la tête du plaideur, pour des fautes contre l'arithmétique, tandis que la loi n'accorde que trois mois pour attaquer les décisions judiciaires dans leurs bases fondamentales! Ce résultat est étrange, il faut en convenir; mais il est rigoureusement déduit des principes du droit. Le silence même du législateur mérite le respect, comme un nouveau langage de sa part appelle la reconnaissance.

A. JOCCOTTON.

PERSONNES CIVILEMENT RESPONSABLES. — INTERROGATOIRE.

DROIT DE DÉFENSE.

Par M. Girard de Vasson, président du Tribunal civil de Napoléon (Vendée).

Chaque jour nous révèle, dans la pratique des affaires, et surtout dans la pratique des affaires criminelles, un procédé irrégulier, un abus, d'abord introduit par l'irréflexion ou la légèreté, puis consacré par l'usage, et bientôt défendu par l'esprit de routine qui prend pied partout. Mais quand ces précédents abusifs portent sur des formes protectrices des droits des accusés, le devoir des magistrats consciencieux est de résister à ces empiétements de l'usage qui ne respectent pas toujours le texte même de la loi, et qui, tout au moins, en violent l'esprit, c'est-à-dire ce qui fait sa vie.

Nous en appelons à cet égard à l'expérience de tous les magistrats. Il n'en est pas un seul peut-être qui, dans le cours de sa carrière, n'ait à signaler quelques-unes de ses usurpations de l'esprit de routine. Il n'est pas bon de céder à cet entraînement, il n'est pas sain de se laisser glisser sur cette pente des abus, sans résistance, sans protestation. Le mérite dominant de notre législation française, sa gloire éminente et vivace, c'est l'unité, c'est-à-dire l'enchaînement logique de toutes ses parties. Si, devant elle, le passé a ses droits, ces droits ne

vont pas jusqu'à absorber ceux de la raison. Les précédents heureusement n'ont pas, chez nous, ce pouvoir. Ils passent tous sous l'examen, et ils ne sont acceptés que sous bénéfice d'inventaire.

Il semble donc que toute protestation qui porte sur un précédent vicieux de la pratique, quelque minime que paraisse, au premier abord, l'objet du débat n'est pas sans droit à une place, si modeste qu'elle soit, dans un recueil destiné à éclairer la jurisprudence dans toutes les voies qu'elle a à parcourir. Les abus sont les ennemis de la science. Elle n'a donc pas le droit de les dédaigner, quelque humble que soit la forme qu'ils revêtent.

C'est surtout dans le domaine obsur du petit criminel, en matière correctionnelle, qu'abondent ces usages, d'abord inaperçus qui se glissent dans la pratique, à la faveur en quelque sorte de l'exiguité même de leur taille, puis qui bientôt s'imposent comme des règles que chacun suit sans s'en rendre compte.

Au grand criminel, ces abus sont bien plus rares. Là, tout est solennel. La loi a pris soin d'attacher une sanction très-efficace à chacune de ses prescriptions essentielles, et la Cour régulatrice veille, avec une sollicitude qui ne s'endort jamais, sur la stricte et sévère observance des principes.

Mais, dans le domaine du petit criminel, le magistrat n'est plus enlacé dans les mêmes liens. Les formes sont moins rigoureuses. Il se meut dans un milieu plus libre.

Cependant, si les intérêts qui lui sont confiés sont moins élevés, ils n'en sont pas moins sacrés, les mêmes nécessités sociales planent devant sa conscience. Il leur doit le même respect, la même obéissance, et il ne lui est jamais loisible de mettre en oubli les droits de la société, ni ceux qui y correspondent, les droits de la défense.

Dans le nombre bien grand sans doute des procédés critiquables que présentent, tous les jours, les habitudes d'audience des chambres correctionnelles, nous signalerons l'usage qui paraît s'être introduit dans quelques tribunaux : « de ne pas » procéder à l'interrogatoire des personnes civilement respon- » sables. »

Est-il vrai que cette formalité ne soit *substantielle* à la *défense* qu'en ce qui est personnel au *prévenu* lui-même, et

qu'il soit permis de s'en abstenir à l'égard de la personne appelée dans le débat comme civilement responsable du dommage causé par le délit?

Pour se dispenser de l'interrogatoire, on invoque l'article 190 du Code d'instruction criminelle, ou plutôt le silence de cet article, ou du moins ce qu'on interprète ainsi, et de ce que cet article dit que « *le prévenu sera interrogé*, » on conclut que *lui seul doit l'être*, et *non la personne civilement responsable*, à laquelle on ne réserve que le droit mentionné ensuite dans le texte de l'article 190 « *de proposer ses moyens de défense*, » si elle le juge convenable.

Comme on le voit, l'opinion que nous combattons repose sur cet argument de texte, elle se réduit à cette maxime d'école *qui de uno dicit de altero negat*, maxime bien pauvre en elle-même, et souvent fausse dans son application surtout en droit criminel, car elle suppose inertes et sans vertu les vérités que le législateur ne croit pas avoir besoin de rappeler dans chaque texte de loi, précisément parce qu'elles les dominent tous, et qu'elles sont sous-entendues.

Nous avouons donc être fort peu touchés par ce raisonnement plus étroit que gênant. De ce que l'art. 190 dit que le *prévenu* SERA *interrogé*, nous nous gardons bien, quant à nous, de conclure que la *personne civilement responsable ne le sera pas.*

Notre logique ne procède point ainsi; et, quand nous voyons, une ligne plus loin, le législateur réserver à la personne civilement responsable, les *mêmes droits* qu'au prévenu lui-même, c'est-à-dire le droit de se défendre, nous en concluons qu'étant mis l'un et l'autre sur la même ligne, quant aux droits de la défense, ils doivent naturellement être, *aussi bien l'un que l'autre*, *interrogés* par le juge.

Pourquoi, en effet, ne le seraient-ils pas? Pourquoi alors que le *prévenu*, — on ne peut le contester, — *doit être* nécessairement interrogé, pourquoi la *personne civilement responsable ne le serait-elle* PAS *aussi?*

Est-ce parce qu'elle n'a pas à répondre du *délit* en lui-même?

Mais que conclure de là? Ceci seulement, c'est que les interpellations qui seront adressées par le tribunal à la personne civilement responsable ne devront pas porter sur le délit lui-

même, mais seulement sur la responsabilité dont le fardeau lui est attribué.

Ce qui, suivant nous, domine cette difficulté, si c'en est une, — ce qui est, à nos yeux une *raison de décider* tout à fait *péremptoire*, c'est cette *vérité*, à nos yeux incontestable, à savoir que la *personne civilement responsable* est appelée au débat par une *citation* qui *la lie* à ce débat, qui, par conséquent, *oblige* le juge *saisi* à la mettre en mesure de *vider la prévention* en ce qui la concerne.

Dira-t-on que la prévention ne s'adresse qu'au prévenu du délit, et non à la personne civilement responsable qui n'encourt aucune peine?

Mais je répondrai que la prévention embrasse l'un et l'autre, et le prévenu, au point de vue de la répression, et la personne civilement responsable, au point de vue de la responsabilité.

Cela est si vrai qu'on ne songe pas à contester au ministère public, par exemple, le droit de citer la personne civilement responsable, comme il cite le prévenu lui-même.

Eh bien! je le demande, qu'est-ce qu'une *citation* qui *saisit* un tribunal, qui *lie au débat* une personne, sans que celle-ci ait un rôle *actif* à jouer dans ce débat?

Ne faut-il pas que *toute prévention*, une fois portée devant un tribunal, soit *vidée?*

Si, en matière de grand criminel, toute *accusation* formulée dans un arrêt, et portée à la cour d'assises, *doit être* nécessairement *vidée*, ne faut-il pas aussi qu'au correctionnel toute *prévention* formulée dans une *citation se vide* devant le juge saisi?

Or, pourrait-on dire qu'une prévention serait vidée au respect de la personne civilement responsable, si le juge, en l'interpellant, ne la mettait pas à même d'y répondre?

Dira-t-on que la personne civilement responsable « est libre » de présenter ses moyens de défense », sans qu'on l'en avertisse?

Mais il ne faut pas abuser des meilleures choses.

Si, « nul n'est censé ignorer la loi », nul aussi n'est excusable, — surtout quand sa mission est de la faire observer, — *de ne pas exécuter la loi.*

Ainsi, que le juge puisse, sans vicier de nullité son jugement, se dispenser d'interpeller directement la personne civi-

lement responsable, je le concéderai, puisque l'art. 190 n'a attaché la sanction de la nullité qu'à l'inobservation de la publicité des débats correctionnels, et que, pour toutes les autres garanties moins essentielles, le législateur s'en est rapporté à la prudence des magistrats. La jurisprudence des arrêts, en interprétant l'art. 190 dans ce sens, n'a rien dit au delà.

Mais, est-ce *exécuter la loi*, est-ce surtout se montrer fidèle à son *esprit* que de laisser la personne civilement responsable jouer un rôle *passif*, un rôle de *personnage muet* entre la *citation* qui l'a fait entrer dans le débat, et le *jugement* qui le condamne aux conséquences pécuniaires du délit?

N'est-ce pas, au contraire, violer, en ce qui la concerne, les droits sacrés de la *défense?*

Parce qu'elle n'est pas, en effet, responsable du fait délicteux, la personne civilement responsable ne l'est-elle pas, au moins, des conséquences pécuniaires de ce fait?

Il ne faut pas croire, en effet, qu'en ce qui regarde la personne civilement responsable, le débat soit purement *civil*. Si ce débat ne peut aboutir pour elle qu'à des effets civils, on n'est pas autorisé à en conclure qu'elle puisse être isolée des garanties stipulées par la loi en matière criminelle. Cela est si vrai que le législateur n'a pas voulu faire deux procès séparés de ce qui n'en forme logiquement qu'un seul à ses yeux. Il a voulu lier la responsabilité civile au délit même qui l'a engendrée, et c'est pour cela qu'il a permis, pour ne pas briser l'unité de l'instruction, à laquelle la vérité a toujours à gagner, unir, dans un même débat, et la personne civilement responsable, et le prévenu lui-même.

Ce n'est donc pas une prescription vaine que fait la loi au juge quand elle lui dit que la personne civilement responsable « sera entendue dans ses moyens de défense, » comme le prévenu lui-même.

Or, dire qu'elle « proposera ses moyens de défense, » c'est dire qu'elle « *sera mise à même* de les proposer. »

Une citation, en l'appelant aux pieds du tribunal, l'a provoquée à jouer dans le débat un rôle qui ne peut être celui d'un spectateur impassible, puisqu'une condamnation pécuniaire peut l'atteindre à la suite de ce débat. Une interpellation du juge à la personne doit donc la mettre en demeure de répondre,

comme le fait le prévenu lui-même, à la partie de la prévention qui le concerne.

Il ne faut pas perdre de vue, en effet, ce principe d'un ordre élevé qui domine toute notre législation criminelle, c'est que la partie la plus essentielle des débats, celle d'où doit jaillir le plus sûrement la vérité, c'est le contact direct du juge avec l'accusé, c'est ce dialogue, serré et pressant, qui, au moyen de l'interrogatoire, s'établit entre le prévenu et ses juges.

La défense, par l'organe des avocats, n'est que le secours donné par l'humanité de la loi aux accusés. Elle n'est pas la défense même. Elle n'en est que le complément et l'accessoire. Rien ne remplace ces rapports précieux du juge avec l'accusé; car, là, tout est à recueillir, un geste, un accent, une parole, un cri, la physionomie, l'organe, etc. Le juge ne doit pas être privé de ce moyen d'accéder à la vérité et de la saisir dans ses manifestations les plus spontanées, dans ses révélations les plus naïves.

« Mais, dit-on en fin de cause, cette interpellation, que vous » sollicitez pour la personne civilement responsable, ne sera » pas, ne pourra pas être un *interrogatoire;* car on ne soumet » à un interrogatoire que des *prévenus*, et la personne qui n'est » que civilement responsable n'est pas un prévenu. » Et là-dessus on triomphe, en s'attachant au sens strict de ce mot : « Interrogatoire! »

La réponse pourtant nous semble facile, et, loin d'être un argument contre notre interprétation, ce mot *interrogatoire,* qui se lit dans l'article 190, nous confirme dans notre opinion; car il prouve que si, en l'employant, le législateur n'a eu en vue que le prévenu, il reste très-loin de la prétention d'exclure les interpellations indispensables pour mettre la personne civilement responsable en mesure de se défendre.

Il est tout naturel que le législateur, ayant à s'occuper du prévenu d'abord, dans l'article 190, ait dit qu'il serait interrogé. C'était l'expression propre. Au respect du prévenu, la loi ne pouvait en employer d'autre.

Mais était-il besoin d'ajouter que la personne civilement responsable serait, elle aussi, sinon *interrogée*, — puisqu'on ne ne veut pas de ce mot, qui, en effet, n'est pas le mot propre, le mot judirique, appliqué à tout autre qu'au prévenu, — au moins *entendue?*

Encore une fois, nous dirons avec la loi, avec son *texte* sainement entendu, comme on le voit, et surtout avec son *esprit*, que dire que la personne civilement responsable, après l'interrogatoire du prévenu, « proposerait, comme lui, ses moyens de » défense, » c'est dire virtuellement, mais clairement, qu'elle sera *entendue* dans ses *réponses* aux interpellations qui lui seront faites.

N'appelez pas ces interpellations un *interrogatoire* si, dans votre purisme judiciaire, vous voulez, comme vous en avez le droit, réserver ce mot pour le prévenu, j'y consens de grand cœur; — car, moi aussi, j'aime la propriété des termes, et je ne hais pas le rigorisme même dans le langage des lois, — mais je dirai que la défense de la personne civilement responsable ne gît pas tout entière dans la plaidoirie *facultative* de son avocat, et que, puisqu'elle est libre de ne pas se faire assister par un homme de la barre, elle doit, d'après la loi, être interpellée par le président, appelée qu'elle est au débat par une citation, comme le prévenu lui-même. Je dis que, de même que pour le prévenu, cette prévention doit être *vidée* en ce qui concerne la personne civilement responsable, par un débat que sa présence rend contradictoire. Je dis qu'il serait étrange qu'après avoir obéi à la loi, en se rendant à l'audience sur la citation qui lui a été donnée pour comparaître aux pieds du tribunal, et répondre, aux termes de la citation, du fait délictueux, au moins en ce qui concerne ses conséquences pécuniaires, la personne civilement responsable fut condamnée sans avoir été *entendue*, quoique *présente* aux débats. Je ne puis donc accepter la jurisprudence de quelques tribunaux correctionnels qui condamnent au silence les personnes civilement responsables, qui les jugent sans les entendre, et qui font arbitrairement aboutir la citation régulièrement donnée qui les a saisis et la comparution de ces personnes qui a suivi cette citation, à des débats se terminant par des condamnations pécuniaires contre une personne qui n'a pas été mise à même de s'expliquer et de se défendre.

Si un pareil abus s'accréditait et se propageait dans les tribunaux, la justice ne pourrait qu'en gémir.

Ainsi, la loi civile (art. 1384 du Code Napoléon) dit que les *père* et *mère* sont « responsables du dommage causé par leurs » enfants mineurs habitant avec eux, » et le père, cité comme

civilement responsable du délit de son fils, ne serait pas mis à même, par une interpellation du président à sa personne, d'*expliquer* au tribunal et de *prouver* « qu'il ne peut être responsable en justice du délit commis par son fils, *absent* de son » *habitation*, et confié à la *garde* d'un *tiers* au moment de la » *perpétration* de ce délit! »

Le *maître* ou le *commettant* ne serait pas averti par le président du tribunal que le délit dont on veut faire rejaillir sur lui les conséquences pécuniaires, a été perpétré *en dehors* des *fonctions* de son *domestique* ou *préposé!*

Enfin, l'*instituteur* ou l'*artisan* ne serait pas mis à même d'établir que le délit imputé à son *élève* ou *apprenti* a été commsommé dans un moment où il n'était plus légalement sous sa surveillance!

Quand une opinion aboutit à des conséquences si contraires à la raison, à la logique, et à l'esprit général de toute notre législation, il me semble qu'elle est d'avance condamnée, et qu'elle révèle toute la faiblesse des arguments de mots avec lesquels elle cherche si vainement à s'étayer. GIRARD DE VASSON.

DE L'EXCEPTION APPORTÉE, EN MATIÈRE DE PARTAGE,

AU PRINCIPE DE L'ACTION PAULIENNE OU RÉVOCATOIRE.

Par M. G. Boutry-Boissonade, avocat à la Cour impériale de Paris, docteur en droit.

SOMMAIRE.

1. L'article 1167, 2e al., renvoie à l'article 882 et non à l'article 788.
2. Difficulté naissant du rapprochement des deux articles. — Vices des trois systèmes déjà proposés.
3. Réfutation du premier système.
4. Réfutation du deuxième système.
5. Réfutation du troisième système.
6. Établissement d'un nouveau système.— Distinction parmi les fraudes que peut présenter un partage. — L'article 882 n'en régit qu'une seule.
7. Justification par l'équité.
8. Justification par les textes et les sources.
9. Résumé.

1. L'article 1167, après avoir posé en principe que « les » créanciers peuvent, en leur nom personnel, attaquer les actes » faits par leur débiteur en fraude de leurs droits, ».

Ajoute : « Ils doivent néanmoins, quant à leurs droits énon- » cés au titre *des Successions* et au titre *du Contrat de mariage*, » se conformer aux règles qui y sont prescrites. »

Quelle est la disposition du titre *des Successions* à laquelle renvoie ce 2e alinéa?

Quelle est surtout l'étendue de la dérogation annoncée?

C'est ce que nous nous proposons d'examiner rapidement.

Et d'abord, le renvoi fait au titre *des Successions* ne peut avoir qu'un caractère restrictif; c'est ce qui résulte de l'emploi du mot *néanmoins;* s'il s'était agi d'une extension du droit des créanciers, la loi se fût servie des mots *sans préjudice des autres droits*..... ou de quelque autre expression équivalente.

Il ne peut donc être fait allusion, comme on l'a dit, à l'article 788 : cet article, fort controversé lui-même entre les auteurs, est, pour les uns, l'application anticipée du principe de l'article 1167 au cas de renonciation à une succession, et pour les autres, une extension du droit des créanciers qui n'auraient pas besoin de prouver *la fraude* de leur débiteur, mais pourraient se borner à établir *un préjudice* à leurs intérêts; or, ni dans l'une ni dans l'autre opinion, l'article 788 ne présente une restriction à l'article 1167.

Le seul article des *Successions*, auquel puisse se rapporter le renvoi de l'article 1167, est donc l'article 882 ainsi conçu :

« Les créanciers d'un copartageant, pour éviter que le par- » tage ne soit fait en fraude de leurs droits, peuvent s'opposer » à ce qu'il y soit procédé hors de leur présence : ils ont le droit » d'y intervenir à leurs frais; mais ils ne peuvent attaquer un » partage consommé, à moins toutefois qu'il n'y ait été procédé » sans eux et au préjudice d'une opposition qu'ils auraient » formée. »

Cet article prévoit implicitement trois hypothèses :

1° Les créanciers, opposants ou non, sont intervenus au partage ou y ont été dûment appelés;

2° Ils ont fait opposition et n'ont pas été appelés;

3° Ils ont laissé les héritiers procéder au partage, sans avoir formé d'oppostion préalable et sans intervenir.

Au premier cas, les créanciers ne pourront faire annuler le partage sous aucun prétexte [1].

Au second cas, ils pourront le faire annuler pour le seul défaut de convocation et pour simple préjudice, sans alléguer aucune fraude.

Au troisième cas....., *ils ne peuvent faire annuler le partage consommé*..... Ce sont les termes mêmes de l'article (*in fine*), et c'est sur ce seul cas que porte la difficulté.

2. Cette dernière disposition est-elle une exception complète et absolue au principe général de l'article 1167, ou bien en laisse-t-elle subsister l'application en tout ou partie?

C'est la seconde et la plus difficile de nos deux questions.

Trois systèmes se sont produits. Aucun ne nous paraît acceptable.

Le premier, en s'attachant judaïquement à la lettre de l'article 882, tend à laisser impunies les fraudes les plus graves; les deux autres rendent l'article inutile, et le suppriment en voulant l'expliquer.

3. Dans un premier système, l'article 882 est une dérogation formelle et complète à l'article 1167. Les rédacteurs du Code, dit-on, ont compris que le maintien des partages importe au repos des familles; c'est pourquoi ils ont restreint pour les héritiers eux-mêmes le droit d'y porter atteinte, et l'ont entièrement refusé aux créanciers négligents [2].

Nous nous bornerons à répondre à cette opinion : d'abord que les créanciers peuvent, sans négligence aucune, avoir ignoré la mort du *de cujus*, de celui dont leur débiteur est héritier; ensuite, qu'il y a quelque chose de plus sacré que le repos des familles, c'est la poursuite et la répression de la fraude, surtout lorsque, comme on peut le supposer, la famille est elle-même complice de la fraude pratiquée dans le partage.

[1] Il s'agit ici, bien entendu, du droit pour les créanciers d'attaquer le partage *en leur propre nom*, et non de celui de le faire annuler, comme exerçant les droits de leur débiteur, aux termes de l'article 1166, par exemple pour lésion de plus du quart, pour violence, ou pour dol personnel pratiqué envers leur débiteur.

[2] Chardon, *Du dol et de la fraude*, t. II, n° 260. — Chabot et Belost-Jolimont, sur l'article 882. — Poujol, art. 882. — Malpel, n° 252. — Duranton, n° 509. — Marcadé, art. 882. — Zachariæ, § 313 et § 626. — Douai, 7 juin 1848 (D. P., 49, 2, 194). — Douai, 15 déc. 1851 (D. P., 54, 5, 541).

Ce système ne respecte donc la prétendue volonté du législateur qu'en l'exposant à un reproche d'injustice très-fondé.

4. Un second système soutient que l'article 882 n'a eu d'autre but que de refuser aux créanciers non opposants l'action révocatoire *pour simple préjudice*, droit qui leur appartiendrait si le partage avait été fait au mépris d'une opposition. En conséquence, le cas de fraude resterait sous l'empire du droit commun, c'est-à-dire de l'action révocatoire[1]. On invoque, à l'appui de cette explication, un passage du discours de Treillard au Corps législatif : « Les créanciers ne peuvent attaquer un partage *fait sans fraude*, en leur absence, à moins qu'il n'y ait été procédé au préjudice d'une opposition qu'ils auraient formée[2]. » Mais l'opinion de Treilhard perd toute utilité ici, quand on considère qu'il semble parler principalement des créanciers du *défunt*; il commence, en effet, par ces mots : « Le » payement des dettes est la première et la plus importante » obligation des héritiers... »

Ce système, en outre, est obligé, pour s'étayer, d'entendre les mots *en fraude de leurs droits*, qui se trouvent dans la première partie de l'article 882, dans le sens de *au préjudice de leurs droits*, et c'est ce qui le condamne : l'opposition ou l'intervention des créanciers de l'héritier ne peut avoir pour but, ni pour effet, de les préserver de tout préjudice résultant du partage : le tirage au sort, notamment, peut toujours leur causer des pertes inévitables; il ne pouvait être question pour eux d'intervenir ou de former opposition que pour prévenir *la fraude à leurs droits*.

Mais ce qui, surtout, doit faire rejeter ce système, c'est le défaut d'application dans lequel il laisse le deuxième alinéa de l'article 1167. Le renvoi au titre *des Successions* n'indiquerait plus UNE RESTRICTION AU DROIT DES CRÉANCIERS FRAUDÉS.

5. Le troisième système, pour être plus savamment combiné, n'en est pas plus satisfaisant et peut se réfuter de la même manière. Il consiste à distinguer si la fraude est l'œuvre du seul héritier débiteur, ou si elle a été concertée entre tous les copar-

[1] Toullier, *Successions*, nos 412 et 563.— Dalloz jeune, *Dict. gén.* et *Suppl.*, no 124.— Montpellier, 11 juin 1839 (D. P., 39, 2, 233).— Paris, 10 juill. 1839 (D. P., 39, 2, 222).

[2] V. Fenet, t. XII, p. 158.

tageants. Dans le premier cas, on refuse l'action révocatoire, on l'admet dans le second[1].

Ce système, comme le précédent, a sa réfutation dans son résultat : il enlève tout sens au renvoi fait au titre *des Successions* par le deuxième alinéa de l'article 1167. Et qu'on ne dise pas qu'en matière de successions le simple préjudice suffit ordinairement aux créanciers pour faire révoquer les actes de leur débiteur, et qu'ici la loi a exigé exceptionnellement la fraude, et même une fraude multiple et concertée : nous répondons que ce point de départ, fort contestable d'ailleurs en lui-même, n'a rien à faire ici : l'article 788, sur lequel on se fonde, n'exigeât-il que le simple préjudice (ce que nous nions), il n'en faudrait pas conclure que le partage dût suivre la même règle : la renonciation à une succession est un acte à titre gratuit, le partage est un acte à titre onéreux. Or il est d'interprétation universellement admise que dans les actes à titre onéreux, la fraude, pour être atteinte par l'action révocatoire ne doit pas se rencontrer seulement chez le débiteur, mais encore chez ceux avec lesquels il a traité[2].

Dans ce troisième système, l'article 882 est et demeure pleinement inutile.

6. Selon nous, c'est par une distinction d'un tout autre genre que la difficulté sera résolue avec le double résultat cherché : le respect du texte des articles 882 et 1167 et le maintien du principe d'équité.

Deux sortes de fraudes bien distinctes peuvent être pratiquées, dans un partage, par les cohéritiers de concert :

L'une qui tend, soit à attribuer à l'un d'eux une part moindre que celle qui pourrait lui échoir par le sort, soit à lui assigner des biens mobiliers faciles à soustraire à l'action de ses créanciers, soit à le grever d'une soulte exagérée ou mensongère.

[1] Vazeille, art. 882, n° 4. — Bédarride, *Traité du dol et de la fraude*, n°s 1552 et suiv. — Dutruc, *Partage de success.*, n°s 532 et suiv. — Dalloz aîné, 2e édit., v° *Success.*, n°s 2046 et 2052. — Toulouse, 8 déc. 1830 (D. P., 31, 2, 66). — Amiens, 14 nov. 1840 (D. P., 42, 4, 243). — Grenoble, 1er juin 1854 (D. P., 54, 5, 541).

[2] Cette distinction entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux, entre les cas où le tiers-contractant lutte *de lucro captando* et celui où il lutte *de damno vitando*, n'est pas seulement fondée sur la loi romaine, elle a été consacrée formellement par les articles 446, 447 et 448 de notre Code de Commerce.

L'autre qui tend à faire passer dans le lot d'un des héritiers les immeubles grevés d'hypothèques, ou d'autres droits réels, du chef d'un autre héritier, et cela dans le but de faire déchoir les créanciers de leur droit, par l'effet déclaratif du partage (article 883). Nous croyons qu'on peut caractériser nettement ces deux fraudes en disant de la première qu'elle tend *à diminuer le* PATRIMOINE *saisissable par* TOUS *les créanciers*, et de la seconde, qu'elle tend seulement à *diminuer les* GARANTIES *de* CERTAINS *créanciers*.

Il nous paraît certain que cette dernière fraude est la seule à laquelle s'applique l'article 882 et qu'à cet égard il y a une complète dérogation à l'article 1167 : la fraude, quoique concertée entre tous les cohéritiers, demeurera impunie.

La première fraude, au contraire, restera soumise au principe général de l'action révocatoire.

7. Justifions maintenant notre distinction et avec l'équité et avec les textes.

Et d'abord elle est équitable, car elle laisse sous l'empire de l'action révocatoire le plus grand nombre des fraudes et les plus graves, pour n'y soustraire qu'une fraude toute particulière, relativement minime et d'ailleurs réparable. En effet, la fraude qui tendrait à priver un ou plusieurs créanciers de leurs droits sur un immeuble de la succession serait bien moindre que celle qui diminuerait le lot de leur débiteur ou le grèverait d'une soulte exagérée, puisqu'elle laisserait toujours à ces créanciers le droit de concourir sur les autres biens héréditaires; en outre, elle serait réparable, car, aux termes de l'article 2131, les créanciers hypothécaires qui ont perdu leur droit sur un immeuble de leur débiteur peuvent demander ou un supplément d'hypothèque sur d'autres biens, ou un remboursement immédiat (V. aussi art. 1188).

Pour ce qui est de la licitation frauduleuse intervenue dans un partage, notre distinction est également applicable, soit que la fraude ait consisté à liciter un immeuble qui pouvait être partagé commodément, soit que la licitation étant nécessaire, elle ait été faite en fraude des créanciers de l'un des héritiers. Mais dans l'une et l'autre hypothèse, il faut distinguer d'abord si la licitation a été faite au profit d'un étranger ou au profit d'un des cohéritiers : au premier cas, c'est une véritable vente soumise en tout point au principe de l'article 1167; au second cas,

c'est une opération de partage qui, d'après notre système, sera soumise à l'article 882, si la fraude a eu seulement pour but de faire tomber les sûretés réelles des créanciers, et à l'article 1167, si elle a diminué le patrimoine du débiteur.

8. Notre système, à défaut de textes, devrait déjà paraître préférable aux trois autres, puisqu'il a sur le premier l'avantage de l'équité, et sur les deux autres celui de faire une large part d'utilité et d'application aux articles 1167, 2e alinéa, et 882. Mais il est mieux encore établi par les textes et les sources historiques.

D'abord, la place même de l'article 882 a pour nous un sens très-significatif. Cet article précède immédiatement celui où se trouve énoncé ce grand principe que le partage est déclaratif de droits préexistants, et dont la conséquence peut être pour les créanciers la perte de leurs priviléges ou hypothèques, si l'immeuble affecté à leur garantie ne tombe pas au lot de leur débiteur. L'article 882, en accordant aux créanciers le droit d'opposition et d'intervention au partage (sauf une déchéance facile à éviter) leur donne un secours contre le danger que peut entraîner pour eux la grande règle de l'article 883.

Si l'on nous objecte qu'il est bizarre que la loi ait placé le remède avant le mal et l'ait écrit dans une autre Section[1], nous répondons que cette bizarrerie n'est pas sans exemple : l'article 1145, en effet, sur l'obligation *de ne pas faire*, déroge, par avance, à l'article 1146 et se trouve, comme notre article 882, dans une autre Section que l'article qu'il modifie[2]. Il y avait, d'ailleurs, ici une raison suffisante de faire cette interversion : les articles 870 à 881 s'occupant exclusivement des droits des créanciers, tant du défunt que de l'héritier, rien n'était donc plus naturel que de terminer la section qui leur est consacrée tout entière par leurs droits en cas de partage.

L'autorité de Lebrun et celle de Pothier viennent, deux fois chacune, confirmer cette explication. Dans leurs *Traités des Successions*, c'est après avoir développé le principe déjà pleinement admis dans la jurisprudence française que *le partage est déclaratif de propriété*, qu'ils signalent la conséquence grave qui peut en résulter pour les créanciers hypothécaires venant

[1] L'article 882 termine la Section 3, et l'article 883 commence la Section 4 du Chapitre VI des *Successions*.

[2] L'article 1145 termine la Section 3, et l'article 1146 commence la Section 4 du Chapitre III des *Obligations*.

du chef des héritiers et qu'ils indiquent le moyen par lequel ils se préserveront d'une fraude facile.

Voici comment Pothier termine sa division sur l'*effet des partages :* « Il résulte de ceci que les créanciers d'un cohéri- » tier, ayant un très-grand intérêt au partage de la succession » échue à leur débiteur, peuvent y intervenir et *empêcher qu'on » ne fasse tomber dans le lot du débiteur rien que des choses mo- » bilières non susceptibles d'hypothèque* [1]. »

Le même auteur n'est pas moins explicite dans son *Introduction à la coutume d'Orléans.* Il dit à propos de l'effet nouveau du partage : « C'est en conséquence de ce principe..... que les » créanciers particuliers de chaque héritier ne peuvent prétendre » aucune hypothèque que sur les biens échus au lot de l'héri- » tier leur débiteur, ceux qui échéent à ses cohéritiers étant » censés ne lui avoir jamais appartenu. *De là, il suit que les » créanciers particuliers d'un héritier, ayant intérêt qu'il tombe » dans le lot de leur débiteur des biens sur lesquels ils puissent » se venger, peuvent, pour lui, intervenir au partage,* LORSQU'IL » EST ENCORE A FAIRE [2]. »

Lebrun est non moins formel dans deux passages, l'un sur l'effet des rapports [3], l'autre sur l'effet des partages [4] : il signale le même danger pour les créanciers hypothécaires et le même secours ; et il ajoute qu'ils ne pourront se plaindre dans le cas d'un partage par acte purement privé dont ils souffriraient, car ils pouvaient y intervenir ou y former opposition.

Notre système trouve également un appui dans les travaux préparatoires du Code. L'article 170 du projet, conçu d'ailleurs dans les mêmes termes que notre article 882, ne s'appliquait qu'aux créanciers *hypothécaires*, et cela montrait suffisamment qu'on n'avait prévu qu'une fraude, celle qui était postérieurement à craindre pour ces créanciers. Il est vrai que ce mot *hypothécaires* fut supprimé sur l'observation de M. Jollivet ; mais ce fut là une distraction surprenante de l'honorable conseiller. Le procès-verbal porte : « M. Jollivet rappelle qu'un des articles » précédents [5] *défend de disposer d'une succession* NON ÉCHUE, *l'hé-*

[1] Pothier, *Successions*, ch. IV, art. 5, § 1, *in fine*.
[2] Pothier, *Introd. à la cout. d'Orléans ; — Success.*, art. 4, n° 96.
[3] Lebrun, *Successions*, liv. III, ch. 6, sect. 4, n°s 1-3.
[4] *Ibid.*, liv. IV, ch. 1, n° 65.
[5] L'article 79 du projet.

» *ritier n'a* DONC *pu l'hypothéquer*, et les créanciers n'ont pu » traiter avec lui sur la foi de cette garantie. Ainsi, le mot *hy-* » *pothécaires* semble devoir être retranché. » — L'article est adopté avec cet amendement [1].

M. Jollivet oubliait qu'il se passe toujours des mois, et souvent des années, entre l'ouverture d'une succession et le partage!

La suppression du mot *hypothécaires* dans l'article 882 doit donc être nulle et réputée non avenue, car elle est, pour ainsi dire, SANS CAUSE.

Un dernier argument de texte, tiré, comme le premier, du Code Napoléon, et plus direct encore, est la disposition finale de l'article 865 : « Lorsque le rapport se fait en nature, les biens » se réunissent à la masse de la succession, francs et quittes de » toutes charges créées par le donataire; *mais les créanciers* » AYANT HYPOTHÈQUE *peuvent intervenir au partage pour s'opposer* » *à ce que le rapport se fasse en fraude de leurs droits.* »

Et qu'on ne veuille pas isoler les deux articles sous le prétexte toujours futile, et ici entièrement faux, que l'un et l'autre énonceraient la même disposition. — L'article 865 s'occupe des créanciers auxquels des hypothèques ont été consenties par un héritier donataire sur un immeuble sujet à rapport, et l'article 882 des créanciers qui ont contracté avec un des héritiers pendant l'indivision. En outre, l'article 882 ajoute deux dispositions graves à l'article 865, ce sont : la révocation possible d'un partage fait au mépris d'une opposition et, en sens inverse, la déchéance des créanciers qui ont laissé effectuer le partage sans intervenir et sans former d'opposition.

En résumé, notre système peut se formuler ainsi : L'article 882 contient, pour les partages, une véritable exception à l'article 1167, mais il ne s'applique qu'à un seul cas de fraude : celui où les cohéritiers, de concert entre eux, auraient, à la faveur de l'effet déclaratif du partage, privé les créanciers non opposants des sûretés réelles qu'ils avaient reçues d'un héritier, sur un immeuble héréditaire, avant le rapport ou pendant l'indivision.

G. BOUTRY-BOISSONADE.

[1] V. Fenet, t. XII, p. 79. — Nous sommes étonné que les auteurs du *Commentaire du Code civil*, qui ont cité, sous l'article 882, les sources dont nous tirons argument, n'aient pas proposé avant nous la distinction qui forme tout notre système. — V. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, art. 882.

DE LA COMPÉTENCE DU JUGE RÉPRESSIF SUR LES QUESTIONS CIVILES.

Par M. A. Bertauld, professeur à la Faculté de droit de Caen.

Dans le dernier numéro de la *Revue critique* (t. IX, p. 282), sous la rubrique : *Compétence; questions préjudicielles*, M. Dorlencourt a publié un article qu'il qualifie de *Réplique* à mes observations sur le sens de la règle : *que le juge de l'action est le juge de l'exception.*

Si l'auteur s'était borné à défendre la théorie qu'un juge ne peut jamais être compétemment saisi par voie d'exception d'une question qui n'aurait pu lui être déférée par action principale, je n'éprouverais pas la tentation d'engager avec lui une controverse; je laisserais aux jurisconsultes le soin de se prononcer entre nos deux systèmes.

Mais M. Dorlencourt m'attribue, en l'encadrant de guillemets, une phrase qui est son œuvre exclusive, et il affirme que cette phrase est ou un *lapsus calami* ou une *erreur typographique.*

Je ne saurais accepter la responsabilité de la formule qu'il me prête et qui est celle-ci : « *L'extension de la compétence incidente et par voie d'exception fait échec à la jurisprudence qui accorde aux tribunaux civils la plénitude de juridiction.* »

Si je suis l'auteur de cette phrase, j'ai écrit un contre-sens. Heureusement la phrase appartient à M. Dorlencourt.

Dans l'article dont M. Dorlencourt a entrepris la réfutation, j'ai essayé d'établir que le juge de l'action pouvait connaître incidemment des questions soulevées comme moyen de défense, bien qu'il n'eût pas compétence sur ces questions à raison du domicile du défendeur ou à raison de l'assiette de l'objet litigieux, et je suis arrivé à cette conclusion, que la compétence incidente et par voie d'exception n'est pas soumise absolument aux mêmes règles que la compétence directe.

Sous ce rapport, je n'ai fait que reproduire une proposition que M. de Molènes professe dans des termes pleins de mesure et de justesse :

« Il faut chercher à bien comprendre, à cet égard, la règle » qui veut que le juge de l'action soit juge de l'exception. Cette » règle appartient surtout au droit civil. Elle est relative aux » exceptions, qui sont, quant à la matière, de la compétence

» du tribunal saisi de l'affaire, et qui seulement ne seraient point » de sa compétence à raison de la personne ou à raison du » lieu. »

Voici ce que j'ajoute, et je reproduis le texte auquel M. Dorlencourt substitue un texte de sa façon :

« Mais *l'extension* de la compétence incidente et par voie » d'exception *ne fait-elle échec* qu'à la compétence *ratione per-* » *sonæ et ratione loci?* Si, en faisant prévaloir les nécessités » pratiques sur les scrupules historiques, on admet avec la » jurisprudence de la Cour de cassation que les tribunaux civils » ont *la plénitude de juridiction*, ces tribunaux ne pourront-ils » pas connaître, par voie incidente, de questions qui, par voie » principale, appartiendraient aux tribunaux de commerce ou » aux juges de paix (Cass., 13 nov. 1838; Dev. et Car., 1839, » 1. 121)? Dans ce système ne sera-t-il pas vrai de dire que » les tribunaux civils pourront statuer sur toutes les exceptions » qui ne seront pas du domaine de la jurisprudence administra- » tive? » (V. art. 475, Cod de pr. civ.)

M. Dorlencourt me fait dire que l'extension de la compétence incidente fait échec à la jurisprudence qui accorde aux tribunaux civils la plénitude de juridiction. Je dis seulement, et je dis je crois très-nettement, que si les tribunaux civils peuvent, par voie d'exception, juger des questions commerciales, le prétendu principe que la compétence incidente n'est pas plus large que la compétence directe, reçoit encore un démenti, et, partant, n'est pas vrai d'une vérité absolue.

Au fond, la vraie question est de savoir si le juge répressif est incompétent *ratione materiæ* pour statuer sur des questions de droit civil auxquelles le sort de l'action publique est subordonné.

M. Dorlencourt affirme que les criminalistes proclament que le juge répressif est incompétent *à raison de la matière* sur ces sortes de questions, mais que la règle, *le juge de l'action est le juge de l'exception*, déroge à cette compétence d'ordre public.

Il attribue notamment cette théorie à M. Mangin, en citant, comme formulée par cet auteur, une proposition qu'on lit dans la note doctrinale rédigée le 4 novembre 1813, à la suite d'une délibération de la Cour de cassation.

Si je ne m'abuse, M. Dorlencourt, en détachant cette propo-

sition de ce qui la précède et de ce qui la suit, lui donne une portée qui n'a pas été dans la pensée du savant rédacteur.

Ce que je puis prouver, c'est que la théorie qui professe que le juge répressif est investi (en tant au moins qu'ils sont indispensables pour le jugement de l'action publique) de tous les pouvoirs qui appartiennent à la juridiction de droit commun et aux juridictions d'exception chargées de l'application de la loi civile, n'est pas une théorie *anonyme*.

Si M. Dorlencourt ne connaît pas, comme il le dit, les auteurs qui la défendent, c'est peut être qu'il attache trop peu d'importance aux travaux sur le droit pénal. Je ne lui reproche pas, bien entendu, de ne pas lire des monographies que le nom de leur auteur ne recommande pas assez; mais il doit, ce semble, tenir compte des opinions de M. Rauter et de celles de M. Ortolan.

Eh bien, M. Rauter professe (*Cours de procédure civile*, page 32, n° 28), que le juge de la demande est aussi le juge de la défense, et de toutes les exceptions opposées à l'action et à la défense, *à moins qu'il ne soit un juge extraordinaire*, ou à moins que la loi n'en ait disposé autrement.

Le savant jurisconsulte fait l'application de ce principe dans son *Traité de droit criminel* (t. II, n° 626). » La juridiction cri-
» minelle *comprend la juridiction civile* autant qu'il est besoin,
» pour que l'action publique, naissant du délit, puisse être
» jugée comme un *accessoire* par le juge criminel saisi de la
» connaissance de l'action publique, si l'action civile est portée
» devant lui et non devant le juge civil, ce qui, comme nous
» l'avons déjà dit n° 198, est au choix de la partie civile
» (art. 3, C. inst. crim.). Elle est même, *et par son propre titre,*
» *compétente pour juger les questions préjudicielles élevées dans*
» *les débats*. Elle l'est, conformément à la règle générale, pour
» toute juridiction que le juge de l'action est aussi le juge de
» l'exception, pour autant qu'il faut que celle-ci soit jugée
» afin de rendre son cours à l'action. »

Je ne suis en désaccord avec M. Rauter que lorsqu'il ajoute :
« Toutefois, si ces questions avaient pour objet un fait ou une
» chose relativement à la preuve desquels l'admissibilité de la
» preuve testimoniale fût exclue ou limitée par application de
» l'article 1341 du Code civil, ou si la loi elle-même avait retiré
» le jugement de la question préjudicielle, de la compétence de

» la juridiction criminelle, celle-ci ne pourrait plus en con-
» naître et devrait surseoir au jugement de la prévention jus-
» qu'après la décision préjudicielle rendue par l'autorité compé-
» tente. »

J'admets la dernière de ces deux restrictions, mais je ne saurais accepter la première. Effectivement c'est la nature du fait à prouver et non la nature de la juridiction devant laquelle la preuve est à faire, qui détermine la condition d'admission de cette preuve.

M. Ortolan, dans ses *Éléments de droit pénal*, est aussi d'avis que le juge répressif n'est pas incompétent *ratione materiæ*, pour statuer sur les questions de droit civil que l'action publique soulève.

« Nous tenons pour certain, quant à nous, que tout juge saisi
» d'une question à résoudre est saisi par cela seul de toutes les
» opérations de raisonnement nécessaires pour arriver à son
» but, et, par conséquent, de toutes les questions qui peuvent
» s'enchaîner successivement comme autant d'éléments logiques
» de celle qui lui est soumise. Pour qu'il soit obligé de s'arrêter
» et de renvoyer à un autre juge une partie de ces opérations
» préalables, il faut, ou qu'il s'agisse de pouvoirs tellement sé-
» parés, comme le sont le pouvoir judiciaire et le pouvoir
» administratif, qu'il ne lui est jamais permis d'entreprendre sur
» une telle séparation (ci-dessus, n° 1771); ou bien, s'il s'agit
» d'un seul de ces pouvoirs, comme ici du pouvoir judiciaire,
» en présence du principe général de l'unité de justice civile et
» pénale, il faut qu'un texte formel de loi ou un usage ayant
» autorité législative, lui en impose l'obligation. — Or, pour
» les questions dont nous nous occupons ici, nous ne voyons un
» texte pareil que relativement aux crimes de suppression
» d'état, et un usage semblable, corroboré par quelques textes,
» que relativement à la propriété immobilière. Dans toutes les
» autres hypothèses, qu'il s'agisse de questions d'état relatives
» aux droits de famille ou aux droits de cité, ou bien de pro-
» priété mobilière ou incorporelle, ou bien d'obligations et de
» contrat, nous reconnaissons la compétence du tribunal de ré-
» pression. » (N° 1779, p. 84.)

M. Ortolan ne se fonde pas sur l'axiome dont j'ai tenté, après M. Rauter, de limiter la portée; il conseille, en effet, de se méfier du brocard : *le juge de l'action est le juge de l'exception.*

Suivant lui, *on ne saurait trouver là une raison de décider.* (P. 840, n° 1778.)

Je ne veux pas insister, parce qu'il ne me convient nullement de me faire le contradicteur de M. Dorlencourt. Si j'avais eu l'intention, comme il le croit à tort, de le critiquer, j'aurais relevé certaines propositions de son premier article, notamment celles dans lesquelles il suppose que la partie lésée ne met pas en mouvement, devant les tribunaux de police correctionnelle et de simple police, l'action publique, et finit par écrire que *le cité (non le prévenu) n'est immédiatement exposé qu'à une réparation civile, car le parquet n'a pas de parti pris sur l'affaire, et peut fort bien soit s'abstenir, soit même conclure pour lui.* (*Revue critique*, t. V, p. 377.)

J'avais toujours cru et je crois encore, avec le très-éminent auteur du *Traité de l'instruction criminelle*, t. II, §§ 116 et 119, que les tribunaux correctionnels et les tribunaux de simple police sont saisis de l'action publique par la citation directe de la partie lésée, et qu'ils peuvent condamner, quelles que soient les conclusions du ministère public.

J'avais toujours cru et je crois encore que, sauf l'exception faite pour la Cour d'assises, la juridiction criminelle n'a de compétence sur la question de réparation civile qu'autant que l'action publique est reconnue fondée (art. 16, 190, 191, 358, C. inst. crim.; M. Rauter, t. II, p. 254; M. Faustin-Hélie, t. II, § 116; M. Ortolan, n° 1784. — V. aussi nos *Questions préjudicielles*, n° 60.)

A. BERTAULD.

BIBLIOGRAPHIE.

DE LA CHAMBRE DU CONSEIL EN MATIÈRE CIVILE ET DISCIPLINAIRE,

Par M. Bertin, avocat et rédacteur du journal *le Droit*. — Introduction par M. Debelleyme, président du Tribunal de la Seine. — 2e édition, 1856.

Article de M. Ch. Férand, substitut du procureur général à Besançon.

« Tout établissement vient tard » a dit un aimable écrivain. Il est rare en effet qu'une institution, quelle que soit l'excellence de son principe, reçoive, à l'instant où elle est créée, tout le développement qu'elle comporte. Presque toujours l'expérience vient démontrer l'insuffisance d'une première organisation. D'ailleurs, en donnant naissance à de nouvelles combinaisons, à de nouveaux besoins, l'extension toujours croissante des intérêts matériels et le mouvement de plus en plus rapide qui se manifeste dans toutes les branches de l'activité humaine, nécessitent des réformes, des améliorations. Mais celles-ci ne peuvent être que l'ouvrage du temps et le fruit de longues méditations.

Ces réflexions s'appliquent à la chambre du conseil considérée comme institution judiciaire. Cette juridiction, circonscrite d'abord dans un cercle de matières assez restreint, a vu chaque année de nouvelles dispositions législatives élargir la sphère de sa compétence. C'est ainsi que, indépendamment des différentes attributions qui lui ont été conférées par nos Codes proprement dits, et qui forment la principale partie de son vaste domaine, elle s'est enrichie successivement de celles qui lui ont été dévolues par les décrets du 5 ventôse an XII (contestations sur le fond du droit en matière de contributions indirectes), du 30 mars 1808, relatif aux poursuites disciplinaires contre les officiers ministériels; par la loi du 30 avril 1810 concernant la discipline des magistrats, les décrets des 1er juillet 1809 et 15 novembre 1811 sur le payement des pensions des élèves dans les lycées et des droits universitaires, l'ordonnance du 1er juin 1828 sur les conflits, la loi du 30 juin 1838 relative aux aliénés non interdits, celle du 3 mai 1841 sur l'expropriation pour utilité publique; enfin, sur la loi du 10 juin 1850 par la caisse des

retraites pour la vieillesse. Toutes ces dispositions réunies formeraient à elles seules un Code complet. Au surplus, un seul chiffre fera apprécier mieux que tous les commentaires l'importance du rôle que cette institution remplit dans l'administration de la justice : sur 49,657 jugements rendus par tous les tribunaux de première instance pendant l'exercice 1854, 10,667, près d'un cinquième, émanent de la chambre du conseil [1]. On peut donc dire sans exagération qu'elle constitue un des principaux rouages de notre organisation judiciaire. Tout indique en outre que l'avenir lui réserve encore de nouvelles attributions.

Ce qui caractérise essentiellement cette juridiction, ce qui lui donne une si grande utilité pratique, c'est la simplicité de sa procédure et la célérité de ses décisions; c'est qu'elle épargne aux justiciables l'éclat souvent fâcheux des débats publics, et ne divulgue point les secrets des familles. Pénétrons dans le lieu de ses séances. L'audience est terminée, les derniers échos des plaidoiries ont achevé de mourir sous la voûte du prétoire, le palais semble désert. Réunie dans une partie intime du vaste édifice, et comme cachée à tous les regards, la *Chambre du conseil* accomplit son œuvre laborieuse. Semblable à ces ouvriers des mines qui extraient du sein de la terre les métaux précieux, ses utiles travaux révèlent seuls son existence. Elle est pour ainsi dire inconnue, et l'on ne fait presque point attention à elle. Là, point d'appareil, point de retentissement, point de bruyantes discussions, point de ces interminables évolutions de procédure qui font le désespoir des justiciables. Une requête présentée au président du tribunal et communiquée au ministère public, un rapport consciencieusement élaboré, et toujours écouté avec une attention religieuse, telle est, dans la plupart des cas, toute la procédure.

C'est avec ces formes, d'une admirable simplicité, que la chambre du conseil rend d'immenses services. Gardienne sévère, mais intelligente, de tous les droits qui reposent en des mains trop faibles pour les défendre elles-mêmes, tantôt elle protége les personnes et sauvegarde les biens des mineurs, des interdits, des femmes mariées; tantôt elle intervient pour con-

[1] Extrait du *Compte général de l'administration de la justice en matière civile et commerciale pendant l'année* 1854, p. 84.

trôler, sanctionner certains contrats, certains actes qui, ayant pour objet de constater ou de modifier l'état des personnes, intéressent directement l'ordre public; tantôt enfin, érigée en une sorte de tribunal domestique, elle veille au maintien de la discipline, ou statue sur certaines affaires qui demandent une décision plus rapide ou plus secrète.

Comment se fait-il cependant qu'avec une procédure si peu compliquée, si peu dispendieuse, la chambre du conseil ait à résoudre fréquemment de sérieuses difficultés, comme le prouve l'expérience de chaque jour? Cela vient de ce que le législateur n'a pas pris le soin de définir cette juridiction et de fixer les principes de sa compétence; c'est que cette compétence, qui embrasse une très-grande variété de matières d'origine et de nature diverses, résulte de dispositions éparses dans toutes les parties de la législation, et qui, bien qu'inspirées par une pensée commune, n'ont souvent entre elles qu'une connexion peu marquée. De là la difficulté de trouver les règles générales qui doivent la régir. L'avocat dont l'office est d'éclairer le juge, le magistrat qui applique la loi, n'avaient d'ailleurs pour se guider que des ressources tout à fait insuffisantes. Voulaient-ils consulter les rapports et autres travaux préparatoires qui fournissent ordinairement des renseignements précieux sur la pensée du législateur? Pas un mot n'a été dit, pas une explication n'a été demandée sur la chambre du conseil. Les auteurs? Ils ne s'étaient nullement préoccupés de pénétrer au fond des choses et de réunir en un corps de doctrine les règles fondamentales de cette juridiction. Ouvrez les répertoires de jurisprudence au mot *Chambre du conseil*, vous y trouverez quelques lignes qui vous apprendront « que la chambre du conseil est le lieu où » délibèrent les magistrats et où se plaident certaines affaires; » — que l'on donne aussi ce nom à la section du tribunal qui » exerce sa juridiction dans la salle des délibérés. » Il est vrai que l'on y renvoie en même temps à un certain nombre d'articles où sont traitées les matières qui rentrent dans la compétence de la chambre du conseil; mais c'est précisément à ce défaut de liaison, à cette absence d'unité de vues et de principes qu'il était urgent de pourvoir par un système de doctrine général et complet. Quant à la jurisprudence, la plupart des décisions des Cours et des tribunaux relatives à cette juridiction n'ont pas été publiées, et les recueils ne contiennent qu'un petit

nombre de documents perdus au milieu d'une multitude d'arrêts qui lui sont étrangers.

Voulait-on enfin s'inspirer des principes du droit romain ou du droit intermédiaire? L'un et l'autre n'ont légué à la chambre du conseil qu'un petit nombre de règles dont elle puisse faire son profit. On y trouve, il est vrai, la grande division de la justice en contentieuse et en gracieuse ou volontaire; et c'est cette dernière qui forme la base des attributions de la chambre du conseil. Mais tous les actes de l'ancienne juridiction volontaire ou ont disparu emportés par le temps et les révolutions, ou présentent aujourd'hui dans leurs formes et dans leurs caractères des modifications telles qu'on a peine à les reconnaître. Chez nous, les formes sont pour ainsi dire incorporelles et ne parlent point aux sens. A Rome (je ne parle pas des derniers temps), c'était le contraire qui avait lieu. Le législateur s'était ingénié à inventer des formalités sensibles, matérielles, et comme une procédure en action, sans doute dans le but de frapper plus vivement l'imagination d'un peuple encore brut et grossier. S'agissait-il d'affranchir un esclave? Le prêteur posait sur sa tête une baguette, le coiffait du bonnet emblème de la liberté, et le faisait tourner sur lui-même, comme pour exprimer qu'il pouvait désormais aller où il voudrait. Une pirouette faisait un citoyen.

. . . . . Una quiritem
Vertigo facit[1].

L'émancipation, la légitimation, l'adoption, l'interdiction, étaient aussi des actes de la juridiction gracieuse. Quel parti peut-on tirer, pour l'éclaircissement des difficultés qui se présentent aujourd'hui devant la chambre du conseil, de l'émancipation avec son cortége de ventes fictives, de balances destinées à peser un prix imaginaire, de soufflets emblématiques, et toutes ces vieilles cérémonies puériles ou bizarres, que l'on décorait pompeusement du nom de *solennités*. D'ailleurs l'émancipation n'avait pas comme chez nous pour effet de mettre fin à la tutelle; mais, au contraire, en résolvant la puissance paternelle, elle rendait *sui juris*, et, par conséquent, faisait entrer en tutelle le fils de famille qui n'avait pas atteint l'âge de puberté.

La légitimation a également subi de singulières transforma-

[1] Perse, satire 5.

tions. Ses conditions essentielles semblent même avoir été complétement méconnues à certaines époques. On voit avec douleur, à la fin du moyen âge, un duc de Bourgogne, Philippe le Bon, et un roi de France, Charles VIII, légitimer, moyennant finance de trois cents écus d'or, « de leur grace espéciale et » certaine science, et non obstant tout droit, coutume, loi et » statut quelconques à ce contraires, les batards de révérendis- » sime messire Jehan Rolin, cardinal et éveque d'Autun, en- » gendrés aux corps de damoiselles Jehanne Gony et Alexis » Regnier [1]. »

N'a-t-on pas vu de même, à une époque beaucoup plus rapprochée de nous, un autre roi de France légitimer, au mépris des lois civiles et religieuses, ses enfants naturels doublement adultérins?

L'adoption a également éprouvé d'étranges vicissitudes. Conférée d'abord par le peuple dans ses comices, elle eut lieu sous les Césars à l'aide de ces simulacres de vente dont nous avons déjà parlé et qui faisaient comme le fond de la procédure toutes les fois qu'il s'agissait de toucher aux prérogatives de la puissance paternelle. C'est avec ces cérémonies qu'Auguste avait adopté ses deux neveux, *Caius* et *Lucius* [2], dont la mort prématurée devait sitôt ouvrir à Tibère le chemin de l'empire. Chez les Germains, l'adoption était une cérémonie purement militaire. Gontran, voulant déclarer majeur son neveu Childebert et l'adopter, il lui dit devant l'assemblée : « J'ai mis ce javelot » dans tes mains comme un signe que je t'ai donné mon » royaume. » Théodore, roi des Ostrogoths, voulant adopter le roi des Hérules, lui écrivit : « Nous vous adoptons par ces » boucliers, ces épées, ces chevaux que nous vous envoyons [3]. » En France, l'adoption, après avoir été en usage sous les rois de la première race, fut inconnue pendant plusieurs siècles, même dans les pays de droit écrit [4]. Si l'on en trouve le nom dans quelques capitulaires et dans quelques coutumes, comme dans celle de Saintonge, il ne s'y rattache aucune idée de paternité et de filiation; elle n'est le plus souvent qu'une espèce d'association militaire ou une administration commune de biens

[1] Chasseneutz, *Des successions des bâtards.*
[2] Suétone.
[3] Montesquieu, *Esprit des lois.*
[4] Denizart.

communs. En 1792, l'assemblée législative en rétablit le principe, sans en régler la forme et les effets. En 1793, la Convention nationale, en déclarant qu'elle adoptait au nom de la patrie la fille de Michel Lepelletier Saint-Fargeau, eut le tort d'associer cette institution aux passions politiques et d'en dénaturer le caractère. La Constitution de 1793 portait que tout homme qui adoptait un enfant était admis aux droits de citoyen français. Enfin un décret du 25 germinal an XI déclara valables toutes les adoptions qui avaient été faites depuis le 18 janvier 1792 jusqu'à la publication du Code civil, sous la seule condition qu'elles auraient été faites par acte authentique et lors même qu'elles n'auraient été accompagnées d'aucune des conditions imposées par le Code pour adopter ou être adopté.

Les principes concernant l'interdiction différaient aussi d'une manière notable de ceux qui la régissent aujourd'hui. Elle ne frappait pas seulement les personnes qui avaient perdu la raison, mais encore ceux qui étaient continuellement malades et les veuves qui, ayant des enfants d'un précédent mariage, se remariaient follement à des personnes indignes de leur qualité (art. 182 de l'ordonnance de Blois). La veuve d'un procureur au parlement de Paris, qui voulait épouser son domestique, fut interdite sur le fondement de cette disposition.

Ces exemples suffisent pour montrer que la plupart des actes de notre juridiction gracieuse diffèrent essentiellement de ceux de l'ancienne jurisprudence. Les causes, les effets caractéristiques, les formes, les juridictions, tout est changé. On peut juger aussi par là de l'embarras qu'éprouvaient, en raison du laconisme des dispositions législatives, du silence des auteurs et du défaut d'unité dans la jurisprudence, ceux qui étaient chargés d'interpréter ou d'appliquer la loi. — Faire sortir des enseignements de la pratique et mettre en lumière les principes qui régissent la chambre du conseil, montrer dans son ensemble cette juridiction qui, créée mais non définie par la loi, avait été jusqu'à présent un peu perdue dans le vague, c'était assurément entreprendre une œuvre d'une exécution difficile, mais éminemment utile, on peut même dire urgente et nécessaire. Tel est le but que M. Bertin s'est proposé dans le livre dont il vient de publier la deuxième édition. Comment a-t-il accompli la tâche qu'il s'est imposée? C'est ce que nous allons examiner succinctement.

Dans une première partie intitulée *généralités*, M. Bertin commence par poser sur une base large et solide les principes fondamentaux des théories qu'il exposera dans le cours de son ouvrage. Remontant aux sources, et faisant de savantes excursions dans l'ancienne jurisprudence, il recherche quels étaient à Rome et sous l'empire des lois antérieures à 1790 les magistrats qui remplissaient des fonctions analogues à celles de la chambre du conseil. Il montre le préteur rendant la justice gracieuse en tout temps, en tout lieu, sur la voie publique, au théâtre et jusque dans le bain; chez nous, le lieutenant civil exerçant *dans son hôtel* la plénitude de cette juridiction, mais renvoyant à l'audience les affaires dans lesquelles il survenait quelques contestations; la chambre du conseil du Châtelet de Paris, investie d'une sorte de tutelle judiciaire pour la conservation des droits appartenant aux incapables, mais seulement dans le cas où il s'élevait quelque difficulté; enfin, notre chambre du conseil saisie de la connaissance de celles des affaires gracieuses auxquelles se rattachent des intérêts plus considérables, telles que les homologations d'adoption, constatation des naissances, mariages et décès, rectifications des actes de l'état civil, etc. Quant aux moins importantes, telles que les saisies-arrêts, saisies conservatoires, gageries ou foraines et demandes en séparation de corps, elles ont été attribuées, en ce qui concerne les autorisations à donner, au président du tribunal.

Après ces prolégomènes, M. Bertin s'attache à établir un principe fécond en conséquences : celui de la division des attributions de la chambre du conseil en deux grandes catégories dont l'une comprend les affaires gracieuses, et la deuxième les affaires contentieuses; puis il prouve avec la triple autorité du droit romain, du droit intermédiaire et des lois actuelles, que chacune d'elles a des règles spéciales et distinctes. Mais ces règles où les trouver? Comment découvrir la pensée secrète du législateur? Car, on l'a vu, la loi est incomplète, insuffisante, et quant aux travaux qui en ont précédé ou accompagné sa formation, ils sont muets. M. Bertin a triomphé avec bonheur de cette difficulté. Armé d'une grande patience et aidé d'une excellente judiciaire, il se met courageusement à l'œuvre, interroge chaque disposition, lui demande sa raison d'être, et rapproche les uns des autres les articles de lois qui

ont statué en vue de la chambre du conseil. Il parvient ainsi à saisir la pensée générale qui a dicté toutes ces dispositions, et à porter la lumière dans les parties obscures de la matière. Il détermine la nature de cette juridiction en matière gracieuse et prouve, en combattant l'opinion contraire, qu'elle n'est point exceptionnelle, mais générale et de droit commun. Il en fixe les limites et fait voir qu'elle ne peut connaître que des affaires qui, étant gracieuses de leur nature, conservent ce caractère. Si la demande est contestée, ou s'il apparaît que des tiers y sont intéressés, la chambre du conseil doit renvoyer les parties devant la juridiction contentieuse. Les justiciables ne peuvent étendre sa compétence au delà des bornes fixées par la loi; il ne suffit pas, pour qu'elle soit légalement saisie, que toutes les parties intéressées soient d'accord pour solliciter sa décision; elle ne peut et ne doit statuer que lorsque son intervention est nécessaire; si l'acte au sujet duquel son concours est demandé peut intervenir sans autorisation, elle doit rejeter la demande.

Cette dernière décision n'a pas obtenu l'approbation du savant auteur de l'introduction.

Pour nous, si nous avions à nous prononcer sur cette grave question, sans méconnaître la force des arguments sur lesquels M. le président de Belleyme appuie son opinion, nous n'hésiterions pas à donner la préférence à celle que M. Bertin a soutenue dans une discussion aussi lucide que savante.

Il avait examiné dans ses *généralités* une autre question non moins intéressante : il s'agissait de savoir si les décisions en matière gracieuse peuvent être rendues dans la chambre du conseil, dans le cas où la loi n'a pas fait exception, en ce qui les concerne, à la règle de la publicité. Cette question qui s'était présentée pour la première fois devant les tribunaux, avait été résolue en sens opposés par deux arrêts des Cours impériales de Paris et d'Amiens. Deux arrêts de la Cour de cassation, intervenus pendant l'impression de la 2e édition de l'ouvrage de M. Bertin, ont décidé, en sanctionnant l'opinion qu'il avait défendue dans la première, que ces décisions étaient légalement rendues en chambre du conseil.

L'auteur s'occupe ensuite des règles spéciales de procédure qui doivent être suivies en matière gracieuse. Est-il nécessaire que la requête soit signée par un avoué? Peut-on admettre la

partie ou son conseil à donner des explications dans la chambre du conseil? Le rapport du juge doit-il être fait, et les conclusions du ministère public doivent-elles être données à huis-clos, alors même que la décision doit être prononcée à l'audience publique? Les tiers peuvent-ils intervenir? La décision doit-elle être signifiée? Quels en sont les effets relativement aux droits des tiers? A-t-elle l'autorité de la chose jugée? Peut-elle être rétractée ou modifiée à la demande de la partie? Peut-elle être attaquée par la voie de l'opposition? La partie peut-elle interjeter appel? Le ministère public a-t-il la même faculté? Comment procède-t-on devant la Cour? Peut-on se pourvoir en cassation? Toutes ces questions sont discutées et résolues avec une grande solidité de logique. Enfin, M. Bertin expose les règles de la juridiction contentieuse. Ici, la décision de la chambre du conseil doit être rendue publiquement. Elle doit être signifiée. Elle a l'autorité de la chose jugée. Les tiers peuvent intervenir, lorsqu'ils y ont intérêt. La partie qui ne s'est pas présentée peut former opposition. La voie de la tierce opposition est ouverte aux tiers dont la décision peut léser les droits; la partie qui succombe peut interjeter appel, etc., etc.

Dans cette partie de son travail, M. Bertin signale de regrettables lacunes dans la loi désormais insuffisante pour décider les questions de plus en plus nombreuses que font surgir chaque jour la multiplicité et la complexité des affaires. Il indique d'utiles réformes et exprime judicieusement le vœu que les difficultés relatives aux honoraires des notaires, experts et huissiers, ainsi que les liquidations concernant les mineurs, lorsqu'elles ne soulèvent aucune contestation, soient déférées à la chambre du conseil.

Plusieurs passages des généralités seront lus avec un vif intérêt; nous citerons particulièrement celui où l'auteur rendant à César ce qui appartient à César, fait connaître que la pensée d'un traité sur la chambre du conseil lui a été inspirée par l'éminent magistrat qui préside le tribunal de première instance de la Seine. Il se plaît aussi à payer un juste tribut de reconnaissance à un savant professeur ainsi qu'à un certain nombre de magistrats dont les lumières et l'expérience l'ont puissamment aidé, dit-il, dans la tâche qu'il avait à accomplir. De tels aveux honorent l'auteur qui les fait, en même temps qu'ils témoignent du mérite de l'ouvrage.

Après avoir élucidé les difficultés générales, et comme déblayé le terrain, M. Bertin entre dans le cœur de son vaste sujet. Nous ne le suivrons pas dans les développements de cet important travail dont il a d'ailleurs été déjà rendu compte ; nous nous bornerons à quelques réflexions que sa lecture nous a suggérées. Le plan général de l'ouvrage nous a paru logique, rationnel et parfaitement en harmonie avec les divisions naturelles de la matière. Chaque titre [1] contient l'exposé complet de toutes les règles générales et spéciales relatives au sujet qui y est traité; un précis historique, lorsqu'il y a lieu; l'examen de toutes les questions qui peuvent se produire au point de vue de la procédure, de la compétence, des formalités de la décision, des voies par lesquelles on peut se pourvoir ; enfin, toutes les décisions importantes rendues par la chambre du conseil du tribunal civil de la Seine et par la Cour impériale de Paris. Ces précieux documents, au nombre de plus de 450, inédits pour la plupart, ont été choisis avec soin, classés dans un ordre méthodique, et forment comme autant de pièces justificatives des doctrines de l'auteur.

La pensée attachée sur le but qu'il voulait atteindre, M. Bertin n'a reculé devant aucun détail, n'a éludé aucune difficulté. Depuis les questions de forme en apparence les plus simples, jusqu'aux questions les plus ardues sur le fond du droit, il a tout discuté, tout éclairci, tout approfondi. On voit qu'il possède sa matière, qu'il l'a longtemps méditée, qu'il en a fait l'objet

[1] Ils sont au nombre de trente-six, et traitent des matières suivantes :

1. Constatation des naissances, mariages et décès. — 2. Rectification des actes de l'état civil. — 3. Changements de noms et prénoms. — 4. Actes de notoriété pour mariage. — 5. Adoption. — 6. Absents. — 7. Mineurs. — 8. Interdits. — 9. Aliénés non interdits. — 10. Prodigues. — 11. Femmes mariées. — 12. Restriction de l'hypothèque légale. — 13. Envoi en possession de succession. — 14. Héritiers bénéficiaires. — 15. Curateurs. — 16. Administrateurs judiciaires. — 17. Substitutions. — 18. Objets incessibles et indisponibles. — 19. Expropriation pour utilité publique. — 20. Caisse de retraite pour la vieillesse. — 21. Privilége de constructeur. — 22. Cautionnement des conservateurs des hypothèques. — 23. Faillite. — 24. Conversion. — 25. Conflits. — 26. Commissions rogatoires. — 27. Exécution en France des jugements étrangers. — 28. Signature des jugements. — 29. Baisse de mises à prix. — 30. Subrogation dans les poursuites d'ordre. — 31. Opposition à la taxe des frais d'avoué. — 32. Poursuites disciplinaires. — 33. Poursuites contre les instituteurs privés. — 34. Droits universitaires. — 35. Pensions des élèves des lycées impériaux. — 36. Affaires criminelles.

d'une étude de prédilection. Il est juste d'ajouter que les principes qu'il a exposés ayant reçu l'approbation des praticiens, des magistrats et de jurisconsultes éminents, il y a tout lieu de penser qu'ils sont exacts et reposent sur la véritable interprétation de la loi. Le style se recommande par la clarté, la précision; il est aussi élégant que le permet la nature du sujet.

Tout compte a un actif et un passif. Après l'éloge, les observations critiques qui lui donnent créance et qui en sont comme l'accessoire obligé. Ne plaçait-on pas toujours auprès du triomphateur un esclave chargé de tempérer sa joie en lui disant de bonnes vérités. Au surplus, nos observations seront toutes bénignes et ne porteront que sur de légers détails. Premièrement, M. Bertin avance (vol. I, p. 19), sur la foi du *Nouveau style du Châtelet de Paris*, 1771, « que le lieutenant civil avait dans ses attributions toutes les affaires gracieuses et spécialement les *interdictions volontaires et forcées*. Cette assertion manque d'exactitude, en ce qui concerne les interdictions. Jousse, dans son *Traité de l'administration de la justice*, 1771, excepte positivement les interdictions forcées des actes que le lieutenant civil ou autre premier juge pouvait faire *en son hôtel*, et il ajoute[1] : « A Paris, au Châtelet, les interdictions, » mêmes volontaires, se prononcent *à la chambre* avec tous les » juges. Un arrêt du parlement, du 17 mai 1768, a déclaré » nulle une mainlevée d'interdiction prononcée par le lieute- » nant civil seul.... La même chose s'observe au bailliage d'Or- » léans, tant pour les interdictions volontaires que pour les » mainlevées d'icelles. Enfin cette question a été décidée tout » nouvellement par des lettres patentes du 15 novembre 1769, » qui portent que les interdictions, ainsi que les mainlevées » d'interdiction seront prononcées par délibération du siége, à » peine de nullité.... »

Nous ferons une autre observation. Nous disions, en commençant cette notice, que la loi du 5 ventôse an XII a attribué à la chambre du conseil la décision des contestations sur le fond du droit en matière de contributions indirectes. Il semble que ce sujet, qui ne manque ni d'intérêt ni d'importance, devait naturellement entrer dans le cadre d'un traité sur la chambre du conseil. Enfin M. Bertin a omis de parler, au titre des *Com-*

[1] T. II, p. 108.

missions rogatoires, de celles que l'article 629 du Code de commerce autorise les Cours impériales à donner aux tribunaux de première instance à l'effet de recevoir le serment des juges de commerce.

En somme, la chambre du conseil est un livre d'une valeur réelle et d'une utilité incontestable au double point de vue théorique et pratique. Il servira de guide au justiciable, à l'avocat, au magistrat, dont il facilitera singulièrement le travail. Il doit donc trouver sa place dans la bibliothèque des tribunaux, des parquets, de tous les légistes. Au surplus, nous ne pouvons mieux résumer notre appréciation sur cet ouvrage qu'en empruntant ici quelques lignes de la remarquable introduction qui le précède : « Quiconque aura pu apercevoir l'immense variété d'affaires soumises à la chambre du conseil du tribunal de la Seine comprendra combien il est à regretter que la loi ait réglé cette importante matière d'une façon si incomplète, et que les jurisconsultes l'aient jusqu'à présent si peu approfondie..... Tôt ou tard, on voudra combler cette lacune en faisant une loi spéciale d'organisation. Rien n'est plus propre que le travail de M. Bertin à en faire comprendre la nécessité, à en préparer les éléments, *et à la remplacer*, autant que possible, jusqu'à ce qu'elle ait été faite. »

Dans une note placée en tête du premier volume, l'éditeur fait connaître qu'en raison des proportions dans lesquelles ont été faites les souscriptions à la première édition, l'auteur a dû s'occuper d'en préparer une seconde, alors que la première était à peine publiée ; nous ne serions nullement surpris qu'une troisième devint avant peu nécessaire. CH. FÉRAND.

QUESTIONS THÉORIQUES ET PRATIQUES SUR LA TRANSCRIPTION

EN MATIÈRE HYPOTHÉCAIRE, dans l'ordre des articles de la loi du 23 mars 1855 ; par H.-F. RIVIÈRE, docteur en droit, avocat à la Cour impériale, et A. HUGUET, docteur en droit, avocat au conseil d'État et à la Cour de cassation.

Article de M. FL. MIMEREL, avocat à la Cour de cassation et au conseil d'État.

La loi du 23 mars 1855 *sur la transcription en matière hypothécaire* renferme des principes qui ont des rapports intimes avec les règles les plus importantes et peut-être les plus ardues de notre droit civil. D'un côté, on y lit des dispositions sur la publicité

des actes translatifs ou modificatifs de la propriété immobilière, et introduisant des innovations dans les conditions générales d'acquisition de cette propriété à l'égard des tiers; puis, on y trouve un certain nombre d'articles touchant au régime hypothécaire, matières qui, comme le font très-bien observer MM. Rivière et Huguet, offrent toute une vaste carrière à l'interprétation.

En présence de ces textes, la doctrine doit-elle, pour se prononcer, attendre que les espèces se soient produites devant les tribunaux? Son rôle se bornera-t-il à une paraphrase plus ou moins étendue des dispositions nouvelles, en éludant les questions, les problèmes, qui naissent de la combinaison des principes ou du silence de la loi? MM. Rivière et Huguet ne l'ont pas pensé, et ils ont eu raison. Le reproche que l'on a fait depuis longtemps aux interprètes « *in facili multus, in difficili mutus,* » les auteurs des QUESTIONS THÉORIQUES ET PRATIQUES SUR LA TRANSCRIPTION ne l'ont certainement pas mérité. Ils abordent de front de nombreuses difficultés, et les résolvent avec un profond savoir et avec toute la prudence que nécessite une matière neuve et importante. MM. Rivière et Huguet posent sur chaque article de la loi du 23 mars plusieurs questions conçues d'une manière assez large pour comprendre un grand nombre de détails, et chaque question capitale est précédée d'un exposé substantiel des principes qui en facilite singulièrement l'intelligence. Ainsi, et pour donner un aperçu de la méthode que les auteurs ont adoptée, on sait que la loi nouvelle soumet à la transcription tout acte portant renonciation soit à des droits de propriété immobilière ou susceptibles d'hypothèque, soit à des droits d'antichrèse, de servitude réelle, d'usage ou d'habitation. Or les auteurs formulent ainsi la dixième question de leur travail destinée à expliquer cette disposition : *Quels actes de renonciation sont soumis à la formalité?* Puis, après quelques observations préliminaires, ils définissent la renonciation, expliquent la différence qui existe entre la répudiation et la renonciation, distinguent les différentes espèces de renonciations et leurs effets. Jusque-là, ce n'est qu'une exposition de principes. Mais où la difficulté commence, c'est quand il s'agit de savoir si les renonciations à une succession sont assujetties à la formalité; s'il n'y a pas des distinctions à faire; si on doit y soumettre les renonciations à la communauté, aux legs, à la

prescription, au bénéfice d'un jugement qui a rescindé ou résolu une aliénation immobilière; — et tous ces points sont exposés avec une précision remarquable, soigneusement discutés, et résolus sous la rubrique que nous avons plus haut citée.

Ce n'est pas à dire que toutes les solutions de MM. Rivière et Huguet au sujet de cette importante question doivent être accueillies sans contestation. Ils reconnaissent eux-mêmes que la matière de la transcription des renonciations est de nature à faire naître plus d'une controverse. Les auteurs distinguent parmi les renonciations celles qui renferment une transmission réelle des droits du renonçant à celui au profit duquel la renonciation a lieu, et celles qui font considérer les renonçants comme n'ayant jamais été investis des droits abandonnés. Ils soumettent les premières à la nécessité de la transcription et ils dispensent les autres de cette formalité. En suivant ce système, il semblerait, en effet, qu'il y aurait même raison de décider pour la renonciation à un legs, à la prescription, au bénéfice d'un jugement prononçant la rescision ou la résolution d'une aliénation immobilière et susceptible d'être attaqué par l'une des voies ordinaires, que pour la renonciation à une succession, à une communauté. Les droits du renonçant sont aussi bien effacés d'une manière rétroactive dans ces derniers cas que dans les premiers. Aussi, MM. Rivière et Huguet terminent-ils leur discussion en disant : « Il n'y a pas de moyen terme à » prendre : il faut ou adopter franchement le système d'inter- » prétation littérale, ou bien entrer dans la voie que nous avons » suivie, et rester fidèle au principe qui nous a guidés dans nos » solutions. »

Peut-être pourrait-on répondre que, dans le cas de renonciation à une succession ou à une communauté, il y a déjà une publicité organisée et résultant de la déclaration faite au greffe du tribunal de l'ouverture de la succession ou de la dissolution de la communauté.

Mais nous n'avons pas l'intention d'entrer ici plus avant dans cette difficulté. Nous voulons seulement, nous le répétons, par l'exemple que nous venons de choisir, faire connaître la méthode qui a été suivie par MM. Rivière et Huguet à l'instar de quelques-uns de nos anciens jurisconsultes, et que l'on retrouve dans toutes les autres questions qu'ils ont traitées.

La formule qu'ils emploient pour chacune d'elles leur per-

met, non-seulement de résoudre un très-grand nombre de difficultés résultant de la loi nouvelle, sous le seul intitulé d'une question, mais elle fournit souvent à nos honorables confrères le sujet de dissertations importantes sur plusieurs matières du droit civil. C'est ainsi que, sous la question XLIV, ils attaquent vigoureusement le système de M. Marcadé sur l'autorité de la chose jugée; c'est ainsi qu'ils discutent plus loin (question L) le point de savoir si l'extinction du droit de suite entraîne la perte du droit de préférence. Les règles sur la subrogation ou la renonciation à l'hypothèque légale de la femme mariée sont aussi exposées avec une certaine étendue; et toutes ces dissertations, loin d'être des hors-d'œuvre, préparent la solution des difficultés qu'ils examinent, ou complètent la démonstration de leurs thèses, au soutien desquelles les auteurs déploient souvent un rare talent de discussion. C'est ce que nous avons remarqué notamment dans les pages (270-285) qu'ils ont consacrées à la critique de l'opinion de M. Benech, qui, dans sa brillante et dernière monographie, — *le nantissement appliqué aux droits, créances et reprises de la femme*, décide que, même sous l'empire de la loi du 23 mars, l'hypothèque légale ne peut pas être cédée indépendamment de la créance, et que le seul traité dont s'occupe cette loi, c'est celui qui porte sur l'antériorité de rang. Pour combattre l'argument du savant et regrettable professeur de Toulouse, les auteurs interprètent l'article 9 de la loi du 23 mars en ce sens qu'il a trait au droit d'antériorité et à la cession de l'*hypothèque*, et ne s'applique pas à la cession *des créances*.

Dans l'examen de ces questions, comme dans toutes les autres discussions de leur travail remarquable, MM. Rivière et Huguet ont fait preuve d'une modération, d'une retenue qui ajoute encore à la force de leurs arguments et à la puissance de leurs déductions.

En résumé, et pour ne pas excéder les limites qui nous sont imposées, nous dirons que les *questions théoriques et pratiques sur la transcription* sont l'œuvre de jurisconsultes instruits, qui ont analysé avec habileté les dispositions de la loi nouvelle et résolu avec un tact juridique peu ordinaire la plupart des difficultés qu'elle soulève. C'est donc un ouvrage utile. Le succès qu'il a obtenu prouve assez que l'estime des praticiens a sanctionné les éloges qu'il a reçus de la critique depuis sa publica-

tion. Il a en effet ce mérite précieux, d'avoir paru en temps opportun sans souffrir néanmoins de la rapidité avec laquelle il a dû être composé. Si quelques imperfections s'y sont glissées, les auteurs sauront les faire disparaître dans une édition nouvelle; ils mettront à profit les fruits d'une étude plus complète et les enseignements de la pratique. Nous nous contenterons de signaler à leur attention, en terminant, l'omission qu'ils ont commise au numéro 402, lorsque après avoir critiqué la jurisprudence de la Cour de cassation sur la question de savoir si l'hypothèque peut être consentie en vertu d'un mandat constaté par acte sous-seing privé, ils négligent de citer les arrêts récents par lesquels la Cour a abandonné cette jurisprudence pour embrasser la théorie qu'ils enseignent.

FL. MIMEREL.

CHRONIQUE.

ACADEMIE DE LEGISLATION DE TOULOUSE.

PROGRAMME DES CONCOURS ET DES SUJETS DE PRIX.

CONCOURS ORDINAIRE. — Pour l'année 1857, l'Académie remet au concours l'*Éloge de Portalis*.

Programme. — En proposant une étude sur Portalis, l'Académie, sans exclure aucun des faits et des aperçus propres à mettre en lumière le jurisconsulte, le philosophe, le publiciste et l'homme d'État, recommande aux concurrents de s'attacher principalement à mesurer avec précision l'influence que ce personnage a exercée, soit sur la rédaction de certains monuments de notre droit public, soit sur l'élaboration de divers titres du Code Napoléon, et sur l'esprit général de ce Code, révélé par une étude consciencieuse de ses travaux préparatoires.

Le prix consistera en une médaille d'or de la valeur de 600 fr.

L'Académie rappelle qu'elle a proposé pour le concours de 1857 la formule suivante : *La Féodalité et le Droit civil français.*

Programme. — L'Académie n'attend pas du résultat de ce concours l'exposition du droit public ou des diverses institutions politiques du régime féodal; ce qu'elle en attend, c'est le tableau des effets que la féodalité, dans ses phases diverses de progrès et de décroissance, exerça sur notre droit civil proprement dit, sur les rapports des personnes, sur l'état de la famille, sur le mariage et les caractères de l'association conjugale quant aux biens, sur l'économie de la propriété et ses différents modes d'acquisition, de jouissance, de transmission, enfin sur les contrats et obligations en général.

Les auteurs sont invités à comprendre aussi dans leurs études les résultats que produisit, pour la formation de notre droit national, la réaction des légistes contre la féodalité, et de rechercher les traces que ce double

mouvement peut avoir laissées, soit dans nos lois, soit dans nos mœurs juridiques.

Le prix consistera en une médaille d'or de la valeur de 300 fr.

Pour le concours de 1858, l'Académie propose la question suivante : *Des améliorations à introduire dans la législation en matière de séparation de corps.*

Programme. — L'abolition du divorce a rendu insuffisantes les dispositions du Code Napoléon sur la séparation de corps. Le législateur avait aperçu ces lacunes, et un projet sur la matière suivit de près la loi du 8 mai 1816. Ce projet n'a pas eu de suite. Aujourd'hui, la suppression du divorce étant définitivement consacrée par l'opinion publique, il y aurait opportunité à combler ces lacunes. Déjà le législateur est entré dans cette voie par la loi du 6 décembre 1850. Mais, outre qu'il reste à coordonner la matière avec ensemble et à régler les points encore controversés dans la jurisprudence, les concurrents auront à examiner s'il n'y aurait pas lieu d'introduire des réformes nouvelles, quant aux causes, quant à la procédure et quant aux effets de la séparation de corps.

Le prix consistera en une médaille d'or de la valeur de 300 fr.

CONCOURS ÉTABLI PAR LA VILLE DE TOULOUSE EN L'HONNEUR DE LA FÊTE DE CUJAS. — (*Délibération du conseil municipal du 15 mai 1855.*)

Pour l'année 1857, l'Académie remet au concours le sujet suivant : *Quelles modifications ont été apportées aux règles du droit romain sur la constitution de la famille par la jurisprudence des Parlements de Toulouse, de Bordeaux et d'Aix.*

Programme.— Entre la constitution de la famille romaine d'après le droit des Pandectes et le droit de Justinien, et cette organisation dans les pays de droit écrit, au moment de la Révolution française, il existe de profondes différences. L'Académie attend des concurrents qu'ils en présentent l'ensemble en examinant successivement les rapports entre les personnes et les droits de famille relatifs aux biens.

Pour le concours de 1858, l'Académie propose le sujet suivant : *Étude sur la vie et les travaux de* DUFAUR DE SAINT-JORY, *premier président du Parlement de Toulouse.*

Les prix consisteront en une médaille d'or de la valeur de 300 fr.

PRIX DU CONSEIL GÉNÉRAL DU DÉPARTEMENT DE LA HAUTE-GARONNE.

Pour le concours de 1858, l'Académie propose la question suivante : *Rechercher et caractériser les attributions respectives que les états provinciaux, le Parlement de Toulouse et les intendants du Languedoc ont exercées en matière d'administration publique jusqu'à la Révolution de* 1789.

Le prix consistera en une médaille d'or de la valeur de 600 fr.

EXAMEN DOCTRINAL[1]

De la Jurisprudence en matière civile.

Par M. Paul Pont, docteur en droit, juge au Tribunal civil de la Seine.

(*Suite*[1].)

SOMMAIRE.

SECTION DEUXIÈME.

DES REPRISES ET PRÉLÈVEMENTS DE LA FEMME MARIÉE EN COMMUNAUTÉ.

27. L'arrêt du 4 février 1856 décide, en outre, mais avec raison, que l'hypothèque légale de la femme peut, en cas de faillite ou de déconfiture du mari, être exercée sur les conquêts de la communauté, *sans attendre que la femme ait renoncé.*
28. Toutefois, il y a dans les motifs de l'arrêt la rétractation du principe qui sert de base à la jurisprudence de la Cour de cassation sur la nature des reprises de la femme. — Transition à l'examen de cette jurisprudence et division.
29. § 1er. De la nature du droit appartenant à la femme *dans le cas de communauté légale :* — Exposé de la controverse telle qu'elle s'est produite après les arrêts de la Cour de cassation des 15 février 1853 et 11 avril 1854.
30. Dernier état de la doctrine et de la jurisprudence sur ce point : l'idée de propriété opposable même aux tiers et sur laquelle repose le droit de préférence accordé à la femme par la Cour de cassation y est, en général, repoussée.
31. Transition à l'examen des systèmes qui, en s'écartant plus ou moins de cette idée de propriété, admettent pourtant le droit de préférence.
32. *Premier système :* Il se réfère exclusivement au cas d'acceptation de la communauté, et consiste en une transaction à la faveur de laquelle la femme prendrait la moitié de ses reprises par préférence aux créanciers de la communauté, et subirait, pour l'autre moitié, la contribution avec les créanciers sur la part afférente au mari dans la communauté.
33. Réfutation : que ce système est en opposition avec les dispositions du Code, et qu'en outre il est préjudiciable à la femme en ce que, dans la rigueur des principes, il aboutit à lui enlever même la portion des reprises qu'il a pour objet de lui attribuer par préférence.
34. *Deuxième système :* Il est général, et embrasse le cas de renonciation et celui d'acceptation; mais s'il concorde avec celui de la Cour de cassation quant au résultat, il en diffère par la théorie.

[1] V. *suprà*, p. 97.

35. Dans ce système, la communauté, tant qu'elle existe, est propriétaire de tous les propres des époux, sauf ceux qui se trouvent en nature; mais à la dissolution de la communauté, la femme acquiert la propriété des choses qu'elle prélève ou qu'elle reprend, et ce par l'effet d'un *remploi légal* qui, à ce moment, *subroge virtuellement* les choses prélevées ou reprises aux propres qui appartenaient à la femme.

36. Ce système pourrait être écarté tout d'abord par voie d'exception, 1° en ce que non-seulement le remploi prétendu *légal* n'est établi par aucune disposition législative, mais encore en ce que les textes sont contraires; 2° et, en outre, en ce que la propriété qu'on fait résulter de ce remploi prétendu est elle-même en opposition avec la loi, et laisse sans explication possible le texte de l'article 1473 du Code Napoléon.

37. Transition à l'examen des moyens du fond.

38. L'unique moyen de droit est fondé sur l'article 1470 du Code Napoléon, et notamment sur l'idée de *prélèvement* consacrée par cet article.

39, 40, 41, 42. Réfutation.

43. Indépendamment de ce moyen de droit, on invoque des considérations tirées de la nécessité d'assurer la conservation de la fortune mobilière de la femme. — Réfutation.

44. Ces moyens écartés, il en faut venir au système qui, dans le cas d'acceptation de la communauté, donne à la femme un droit de copropriété vis-à-vis de son mari, mais un simple droit de créance par rapport aux créanciers de la communauté.

45. Réponse à quelques-unes des critiques dont cette théorie a été l'objet.

46, 47, 48. Suite et conclusion.

49. § 2. De la nature du droit appartenant à la femme renonçante *dans le cas de stipulation de reprise d'apports francs et quittes*.—Transition.

50. Que la clause de reprise d'apports francs et quittes, en cas de renonciation, ne concerne que les époux entre eux, et ne peut altérer en aucune manière les droits des créanciers de la communauté.

51. Suite.

52. C'est d'ailleurs une stipulation de communauté.

53. Coup d'œil sur une jurisprudence toute spéciale à la Normandie, qui, parfois, voit dans les clauses de l'espèce l'équivalent d'une stipulation du régime dotal partiel. — Arrêt du 16 avril 1856.

54. L'interprétation présente des dangers, et, en outre, on peut la regarder comme contraire à la loi.

55. Conclusion.

SECTION II.

DES REPRISES ET PRÉLÈVEMENTS DE LA FEMME MARIÉE EN COMMUNAUTÉ.

27. A côté et indépendamment de la solution relative aux mentions de subrogation, l'arrêt de la Chambre civile, du 4 février 1856, en contient plusieurs autres dont l'une surtout a dû fixer notre attention.

L'arrêt de la Cour d'Orléans, du 12 juillet 1854, attaqué de-

vant la Cour suprême, avait maintenu la collocation, sur le domaine de la Grillaire *conquêt de communauté*, du créancier qui avait eu le soin de faire inscrire l'hypothèque légale de la femme, et qui avait obtenu cette collocation comme subrogé à cette hypothèque légale, bien que la femme n'eût pas renoncé à la communauté. Les autres créanciers, tout en ayant prétendu à une collocation semblable en vertu de leurs mentions de subrogation, attaquaient cependant, devant la Cour suprême, celle que leur adversaire avait obtenue, en ce que le droit de la femme sur le domaine de la Grillaire, conquêt d'une communauté à laquelle elle n'avait pas renoncé, son droit soit à raison de ses reprises, soit à raison de l'indemnité qu'elle avait souscrite solidairement avec son mari, était un droit de *propriété* et non pas de *créance*; d'où suit que la femme n'avait pas d'hypothèque sur ce domaine, et, par conséquent, qu'elle n'avait pu transmettre aucun droit hypothécaire.

La Cour de cassation, en s'attachant à quelques faits déclarés constants par l'arrêt attaqué, a rejeté ce moyen et a jugé que l'hypothèque légale d'une femme commune en biens peut être exercée sur le prix d'aliénation des conquêts de communauté par les créanciers subrogés à cette hypothèque, *en cas de faillite ou de déconfiture du mari, sans attendre que la femme ou ses héritiers aient renoncé à la communauté.*

Nous l'avons dit déjà [1], ce n'est pas la solution en elle-même qui nous frappe.

La décision, nous le voyons bien, passe à côté d'une théorie généralement admise, d'après laquelle les conquêts de communauté ne seraient grevés de l'hypothèque légale de la femme que d'une manière conditionnelle, en ce sens que l'hypothèque légale subsisterait dans le cas où la femme renonce à la communauté, et qu'elle s'éteindrait, au contraire, si la communauté est acceptée. Mais, même en admettant cette théorie (que nous indiquons nous-même ailleurs [2] et sur laquelle pourtant nous réservons notre appréciation), on comprend qu'exceptionnellement le droit hypothécaire puisse être exercé, soit par la femme elle-même, soit par les créanciers subrogés à l'hypo-

[1] V. *suprà*, p. 99.

[2] V. le *Traité du contrat de mariage* que nous avons publié avec M. Rodière, t. I, nos 834 et 888.

thèque légale, par anticipation et avant toute renonciation à la communauté.

Par exemple, des conquêts sont aliénés et le prix en est mis en distribution avant que la femme ait pris parti, il faut bien qu'elle soit admise à produire et obtienne collocation; sans cela, et si le mari n'a pas de biens immeubles en propre ou s'il n'en a que d'une valeur insuffisante, l'hypothèque légale cesserait d'être une garantie pour la femme qui verrait passer le prix des conquêts aux mains de créanciers auxquels elle a droit d'être préférée. La collocation devient ainsi une nécessité: seulement, comme le droit hypothécaire est purement éventuel sur les conquêts, d'après la théorie dominante, la collocation n'aura rien de définitif; elle sera provisoire, et, en même temps, au lieu de livrer à la femme la somme qui lui reviendrait dans l'ordre, on lui imposera la condition de consigner à la sûreté de qui de droit, c'est-à-dire pour elle-même et dans son propre intérêt si elle vient à renoncer, pour les créanciers colloqués après elle, si elle accepte la communauté : c'est l'expédient consacré par la jurisprudence [1].

Pour les créanciers que la femme aurait subrogés à son hypothèque légale, ce peut être plus encore. Ils pourront, à l'occurrence, exercer le droit hypothécaire d'une manière plus complète, en ce sens que leur collocation, au lieu d'être provisoire comme celle de la femme, pourra être définitive, même avant toute répudiation de la communauté. Supposons que la femme, quand la communauté est dissoute, mette à prendre parti une lenteur calculée, ou même que, par fraude ou collusion, elle s'arrête à une résolution manifestement contraire à son intérêt visible, il est clair que le principe posé dans l'article 1167 du Code Napoléon parlera plus haut que l'éventualité du droit hypothécaire sur les conquêts de communauté, et que les créanciers devront, en s'armant de cet article, trouver le moyen de faire écarter toute restriction qui entraverait, dans leurs mains, l'exercice de ce droit.

Tel est précisément le cas dans lequel est intervenu l'arrêt du 4 février 1856. Tous les faits de la cause montraient que le mari, dans l'espèce, était en état de déconfiture; la femme avait donc un intérêt évident et incontestable à répudier les charges de la

[1] Rouen, 11 mars 1846; Lyon, 17 avril 1854 (Devill., 46, 2, 503; 55, 2, 577).

communauté par une renonciation, et pourtant elle ne renonçait pas. Les créanciers qu'elle avait subrogés à son hypothèque légale pouvaient voir là un parti pris de paralyser dans son exercice le droit hypothécaire qu'elle leur avait cédé; et c'est ainsi que la chose apparut à l'un d'eux qui, prenant comme un fait accompli la renonciation que son intérêt même commandait à la femme de faire, demanda, sur le prix alors en distribution des conquêts, une collocation *définitive*, comme si la femme avait réellement renoncé. La prétention a été accueillie par la Cour d'Orléans d'abord aux termes de son arrêt du 12 juillet 1854, et ensuite par la Cour de cassation suivant l'arrêt de rejet du 4 février 1856. Encore une fois, la solution n'a rien dont on doive être étonné.

28. Mais avant d'en venir aux faits constatés qui motivaient cette décision spéciale, la Cour de cassation avait dit, en droit, « que si l'hypothèque légale ne peut pas, en cas d'acceptation de la communauté, frapper les conquêts immeubles attribués par le partage à la femme qui, par une fiction de droit, est censée en avoir été toujours propriétaire, *il en est autrement lorsque, par une renonciation*, LES BIENS DE LA COMMUNAUTÉ SONT DEVENUS LA PROPRIÉTÉ DU MARI SEUL. » C'est en ceci que l'arrêt est particulièrement remarquable.

Reportons-nous, en effet, aux arrêts des 15 février 1853 et 11 avril 1854, à ces arrêts par lesquels la Cour de cassation a voulu introduire cette jurisprudence fameuse sur la nature du droit appartenant à la femme pour l'exercice de ses reprises; la Cour y dit explicitement, au contraire, que la femme reste *avec son droit de propriété même après la renonciation;* que renonçante aussi bien qu'acceptante, elle agit *comme propriétaire* lorsqu'elle vient exercer ses reprises sur les valeurs mobilières de la communauté : et le privilége ou le droit de préférence et d'exclusion que ces arrêts consacrent en faveur de la femme n'y trouve pas d'autre appui que cette idée de propriété.

La voilà qui s'efface maintenant de par l'arrêt du 4 février 1856 : la femme cesse d'être propriétaire dès qu'elle a renoncé; le mari, par l'effet de la renonciation, *devient seul* propriétaire des biens de la communauté; c'est la Cour de cassation elle-même qui le dit après avoir exprimé le contraire : et la rétractation apparaît ici d'autant plus significative, que la Cour a statué en pleine connaissance de cause, mise qu'elle a

été en présence de ses arrêts de 1853 et 1854 par le système même du pourvoi dont elle a été saisie en 1856.

Car, nous venons de le voir, les demandeurs en cassation, dans cette dernière affaire, s'efforçaient d'amener au procès la question résolue par ces arrêts dont ils prétendaient se faire une autorité. Sans doute, la théorie qu'ils consacrent était invoquée à contre-temps dans l'espèce. La lutte se trouvait engagée entre divers créanciers, tous subrogés à l'hypothèque légale de la femme, les demandeurs ayant cru sauvegarder leur droit par une simple mention de subrogation, le défendeur y ayant pourvu par l'inscription de l'hypothèque légale elle-même, *mais tous prétendant exercer le droit hypothécaire qui leur avait été cédé.* Et quand les premiers critiquaient l'arrêt attaqué, en ce que cet arrêt leur avait refusé ce droit qu'il avait accordé, au contraire, à leur adversaire, il est bien clair qu'ils ne pouvaient, sans nuire à leur propre système, invoquer le bénéfice des arrêts de 1853 et 1854; car, comme la théorie de ces arrêts, si elle avait dû être suivie, eut été de faire tenir la femme pour propriétaire de l'immeuble litigieux, il en serait résulté que celle-ci n'aurait pas eu d'hypothèque légale sur sa propre chose, et partant que, comme subrogés à l'hypothèque légale, ils n'auraient pas été fondés, plus que leur adversaire, à requérir sur le prix cette collocation qui pourtant était seule le mobile de leur action. Mais enfin, à tort ou à raison, cette jurisprudence était invoquée dans l'espèce; la pensée de la Cour de cassation y était nécessairement ramenée, et c'est dans ces circonstances que, démentant le principe même de cette jurisprudence et en prenant le contre-pied, la Cour dit que, *par la renonciation de la femme à la communauté, le mari* DEVIENT SEUL *propriétaire des biens qui la composent!*

La rétractation peut donc être regardée comme intentionnelle et réfléchie, et si le droit de préférence et d'exclusion qui, en 1853 et 1854, fut consacré en faveur de la femme, n'avait pas d'autre fondement que cette idée de propriété qui, à cette époque, parut décisive et fut prise comme dominant toutes les situations, on pourrait considérer que, revenue aux véritables principes tels qu'ils sont établis par les dispositions de la loi sur la communauté conjugale, la Cour de cassation elle-même vient, par son arrêt du 4 février 1856, ajouter sa protestation à tant de protestations que les tribunaux ont fait entendre,

et, en attendant qu'il lui soit donné de statuer directement, se prépare les voies à une rétractation solennelle[1].

Mais il s'est produit récemment, à l'appui des solutions consacrées par la Cour de cassation, en 1853 et 1854, des systèmes qui se détachent plus ou moins de cette idée de propriété. Il nous sera permis de voir, dans l'arrêt du 4 février 1856, une manifestation suffisante pour qu'à son occasion nous revenions à la question en vue précisément de ces systèmes qu'il importe d'apprécier.

Nous les prendrons en suivant l'ordre établi par le Code, c'est-à-dire que nous examinerons, dans un premier paragraphe, ceux qui se placent au point de vue du régime du droit commun, ou, en d'autres termes, de la communauté légale; et dans un second paragraphe, auquel se rattachera l'arrêt de la Chambre des requêtes, du 16 avril 1856, que nous avons annoncé comme devant faire aussi l'objet de notre examen doctrinal, nous nous occuperons de ceux de ces systèmes qui, plus restreints, se réfèrent à la communauté modifiée par la clause de reprise d'apports francs et quittes en cas de renonciation.

§ 1er. — De la nature du droit appartenant à la femme, sous le régime de la communauté légale, pour l'exercice de ses reprises, sur les valeurs mobilières de la communauté.

29. Dans la controverse telle qu'elle est née des arrêts de 1853 et 1854, deux opinions tranchées, l'une et l'autre fort simples, se trouvaient en présence.

D'une part, la Cour de cassation avait dit, en se référant aux articles 1470, 1471, 1483 et 1493 du Code Napoléon, « qu'il résulte des articles précités que c'est à titre de propriétaire que la femme, de même que le mari et avant ce dernier, a droit au prélèvement préalable de ses propres lors de la dissolution de la communauté, et qu'en conséquence l'actif de la communauté ne se compose que du surplus des biens, prélèvement fait des reprises ci-dessus; qu'il suit de là que la femme ne peut être

[1] Du reste, les tendances de la Cour de cassation contre cette idée de propriété se retrouvent dans d'autres espèces : nous les remarquons dans un autre arrêt duquel il résulte, que le droit de prélèvement en nature, accordé à la femme pour se couvrir de ses reprises, cesse lorsque ces immeubles sont impartageables, et que le prélèvement alors ne peut plus s'exercer que sur le prix. Req. 7 mai 1855 (Devill., 56, 1, 359).

placée sur la même ligne que les créanciers de la communauté, et qu'elle doit être intégralement remplie desdites reprises avant que lesdits créanciers puissent faire valoir leurs droits sur l'actif de cette communauté; qu'elle a droit, par conséquent, de se prévaloir, contre ces derniers, de ces principes qui sont généraux dans la matière et applicables, soit qu'elle accepte la communauté, soit qu'elle y renonce, puisque, dans l'un et l'autre cas, il s'agit pour elle de rentrer dans ses biens propres ou dans leur valeur [1]. »

D'une autre part, on opposait à cela que la doctrine si générale mise en avant par la Cour de cassation n'est exacte que très-relativement. Cette doctrine n'a d'application que par rapport aux propres existant en nature à la dissolution de la communauté ou à ceux dont le prix est encore dû à ce moment. Ainsi, il est incontestable, et personne n'a pu contester jamais, que, sans distinction aucune entre le cas d'acceptation de la communauté et celui de renonciation, la femme prend *à titre de propriétaire* tous ceux de ses apports qui existent en nature ou dont le prix est encore dû quand finit la société conjugale, et qu'à cet égard elle a un droit absolu de préférence et d'exclusion. Mais quant aux autres reprises, quant à celles qui consistent soit en indemnités dues à la femme par la communauté, soit en deniers ou créances à elle propres, et que le mari aurait reçus, il en est tout autrement. Par rapport à ces dernières reprises, la nature du droit appartenant à la femme est subordonnée à quelques distinctions. Il faut distinguer d'abord entre le cas où la communauté a été acceptée et celui où elle a été répudiée. Y a-t-il eu acceptation? Il faut distinguer encore et voir comment et vis-à-vis de qui la femme vient exercer son droit : vis-à-vis du mari ou de ses héritiers, le prélèvement que la femme exerce, en vertu de l'article 1470 du Code Napoléon, procède d'un véritable droit de propriété; mais si elle se trouve en face de créanciers venant au partage, la reprise n'est plus qu'une créance à raison de laquelle n'existe aucune cause de préférence, sauf, s'il y a lieu, celle qui résulte de l'hypothèque légale. Y a-t-il eu renonciation à la communauté? Le droit de la femme se résume encore en une simple créance, en

[1] C'est la reproduction littérale des arrêts du 15 février 1853 et 11 avril 1854 (V. *J. du Pal.*, 1853, 1, 513; 1854, 1, 246; — Devill., 54, 1, 162; — Dalloz, 54, 1, 152).

une créance non privilégiée et à raison de laquelle, par conséquent, elle ne peut venir sur les valeurs mobilières de la communauté, qu'en concours et au marc la livre avec les autres créanciers. Telle est, dans son expression résumée, la doctrine qu'on a présentée, que nous avons présentée nous-même à diverses reprises [1], contre celle de la Cour de cassation.

30. Moins que jamais, la controverse se maintenant entre ces deux doctrines opposées, nous pourrions renoncer à la nôtre; car si nos propres réflexions nous confirment dans nos premières appréciations, hâtons-nous de le dire, l'état actuel de la doctrine et de la jurisprudence ajoute puissamment à nos convictions.

Et, en effet, cette question, si fameuse maintenant et si retentissante depuis qu'elle a été soudainement réveillée du sommeil dans lequel elle était entrée il y a plus de deux siècles, cette question s'est posée devant les tribunaux avec une persistance et une ardeur dont la jurisprudence ne présente pas un autre exemple; elle a été agitée à l'École non moins qu'au Palais; elle a sollicité et chaque jour encore elle sollicite les méditations des jurisconsultes. Or, de quelque côté que nous regardions dans ces épreuves si diverses auxquelles le problème a dû être soumis, nous rencontrons des tendances absolument contraires à la théorie consacrée par les arrêts de 1853 et 1854.

Nous consultons d'abord la jurisprudence en la prenant au point où nos précédentes observations l'ont laissée [2], et sans revenir sur l'échec que la Cour de cassation elle-même fait subir, par son arrêt du 4 février 1856, à sa propre doctrine, nous remarquons que les tribunaux sont plus que jamais fermes dans les tendances qu'accusaient leurs premières décisions, et qu'ils y marchent résolûment même au prix de rétractations éclatantes. C'est ainsi que cinq Cours impériales (Amiens, Dijon, Douai, Orléans et Paris), qui avaient d'abord consacré le droit de préférence en faveur de la femme par elles considérée comme propriétaire, lui refusent ce droit maintenant, et, par un retour de jurisprudence, n'admettent la femme

[1] V., dans la *Revue critique*, t. III, p. 436; t. IV, p. 522; t. VI, p. 398; et dans *le Droit*, numéro du 19 avril 1856.

[2] V. les décisions judiciaires par nous citées dans la *Revue critique*, t. IV, p. 522 et suiv., et t. VI, p. 398 et suiv.

à venir, sur les valeurs mobilières de la communauté, pour les reprises, qu'au marc la livre avec les autres créanciers [1]. Quatre autres Cours (Bourges, Caen, Lyon, Nancy) se sont prononcées, à nouveau, dans le même sens [2]; en sorte que nous avons, en fin de compte, neuf Cours impériales qui, tout récemment, ont rejeté la théorie mise en avant par la Cour suprême, contre trois seulement (Angers, Bordeaux, Metz) par lesquelles cette théorie a été, tout récemment aussi, acceptée en tout ou en partie [3]. Ainsi, pour la jurisprudence d'abord, il est vrai de dire que, loin de laisser cette théorie s'étendre et progresser, elle lui barre le passage, lui dispute le terrain pas à pas, et va lui retirant chaque jour un peu de celui qu'elle lui avait d'abord laissé prendre.

Venons ensuite à la doctrine : le dissentiment avec les arrêts de 1853 et de 1854 s'y montre bien autrement général. Nous ne disons pas assurément que la théorie du droit de préférence en faveur de la femme n'a pas trouvé de partisans ; elle en a, au contraire; elle a ses défenseurs fort convaincus, très-ardents. Nous avons encore présente à la pensée la dissertation de M. Jousselin dont nous avons essayé de réfuter quelques parties dans ce Recueil [4]; et M. Vavasseur nous rappelle, dans des articles donnés par la *Revue pratique de droit français*, celle qu'il a publiée pour soutenir son système de la *masse indivise* [5]. Mais combien sont-ils ceux qui ont accepté la théorie de la Cour suprême dans son principe et dans son résultat? Quant à nous, nous remarquons que partout, à l'École comme au Palais, cette théorie rencontre chaque jour de nouveaux et d'énergiques adversaires

[1] Dijon, 18 décembre 1855; — Douai, 21 janvier et 14 février 1856; — Orléans, 19 juin 1856; — Paris, 23 février 1856, 23 août 1856 et 16 décembre 1856; — Amiens, 6 mars 1856 (Devill., 56, 2, 139, 241 et 353; — *J. du Pal.*, 1856, 1, 237, et 2, 341; — *Gazette des tribunaux*, numéro du 11 juillet 1856; — *le Droit* du 20 décembre 1856).—V. encore Paris (aud. sol.), 4 août 1855 (Devill., 55, 2, 449).

[2] Caen, 10 janvier et 8 décembre 1855, 15 mai 1856; — Nancy, 25 janvier 1855; — Bourges, 9 mars 1855; — Lyon, 25 juillet 1856 (Devill., 55, 2, 118, 213; 56, 2, 86; — *J. Pal.*, 1856, 2, 343; — *le Droit*, numéro du 10 octobre 1856).

[3] Angers, 30 mai 1855; — Metz, 12 juin 1855; — Bordeaux, 27 février et 5 mars 1856 (Devill., 55, 2, 321; 56, 2, 241; — *J. Pal.*, 1855, 1, 329).

[4] *Revue critique*, t. VI, p. 398 et suiv.

[5] Deuxième année, p. 160, 207 et 299. — Nous avons apprécié ce système de la *masse indivise* dans la *Revue critique*, t. IV, p. 522 et suiv.

qui, rejetant à la fois et le principe et la solution, voient dans la femme une créancière, et n'admettent pas qu'elle puisse avoir, sur les valeurs mobilières de la communauté, un droit de préférence par rapport aux autres créanciers [1].

31. Mais ces arrêts de 1853 et 1854, ont trouvé des défenseurs qui, sans en admettre le principe, en acceptent la solution. C'était déjà la pensée de M. le premier président Troplong, qui, on le sait, ne considère pas la femme *comme propriétaire* de ses reprises, et qui néanmoins lui reconnaît un droit de préférence pour les prélèvements ou les reprises qu'elle exerce, soit en vertu de l'article 1470, soit en vertu de l'article 1493, suivant qu'elle accepte la communauté ou qu'elle y renonce. C'est également la pensée de quelques-uns de ces systèmes nouveaux que nous signalions tout à l'heure et que nous avons maintenant à apprécier.

Il y en a deux qui se posent dans le cas de mariage soumis au régime de droit commun, c'est-à-dire à la communauté légale : l'un, général, embrassant les deux hypothèses de renonciation à la communauté et d'acceptation; l'autre, spécial et limité dans son objet, se référant exclusivement à l'hypothèse d'acceptation : notre examen portera d'abord sur ce dernier.

[1] A l'École, c'est l'avis unanime, s'il en faut juger par les opinions qui se sont produites au dehors. V. notamment les dissertations si remarquables de MM. Valette, professeur à Paris, dans *le Droit* du 25 avril 1855; de Serrigny, professeur à Dijon, dans la *Revue critique*, t. VI, p. 162; Grivart, professeur à Rennes, dans la *Jurisprudence de la Cour de Rennes*, 1853, p. 298; Berthauld, professeur à Caen, dans ses études sur l'*hypothèque légale de la femme*, n° 4. — Au Palais, les magistrats appelés à conclure sur la question se rallient à cette solution, et viennent lui donner un nouvel appui; nous rappelons surtout le réquisitoire si décisif de M. Rouland, alors procureur général, devant la Cour de Paris (Devill., 55, 2, 449), et les conclusions remarquables de MM. Merville, avocat général, devant la Cour d'Amiens (*Revue prat. de droit français*, 1re année, p. 145 et suiv.), et Onofrio, avocat général, devant la Cour de Lyon (*le Droit* du 10 octobre 1856). — Dans les Recueils et dans les livres, la même opinion tend de plus en plus à se généraliser : nous avons déjà cité les consultations de MM. de Vatismenil et Coin-Delisle (*Revue crit.*, t. IV, p. 535); citons de plus les articles ou les études approfondies de MM. Nicolin, Mimerel, Ancelot, Fouet de Conflans (*Revue crit.*, t. III, p. 549; t. IV, p. 408; t. IX, p. 411; — Devill., 1853, 2, 530), et l'opinion récemment émise par M. Bellot des Minières (*Régime dotal*, nos 3426 et suiv.) et par les rédacteurs de la *Revue pratique*, 1re année, p. 145, à la note. — M. Mourlon, dont nous trouvons l'opinion exprimée dans le numéro de la *Revue pratique du droit français* qui nous parvient à l'instant (t. II, p. 359), a pris parti pour cette solution.

32. Ce système, sans précédents aucuns en doctrine et en jurisprudence, a été présenté récemment pour la première fois avec une habileté incontestable et de la manière la plus ingénieuse par M. Seligman, juge au tribunal civil de Laon. Résumons-le en quelques mots.

M. Seligman pose nettement en principe que la femme est *créancière* et non propriétaire de ses reprises. Comme créancière, dit-il, elle se doit à elle-même la moitié de cette dette (C. Nap. art. 1482). D'un autre côté, elle est propriétaire pour moitié de l'actif de la communauté (art. 1473). Elle réunit donc en sa personne, jusqu'à concurrence de moitié, les qualités de débiteur et de créancier. Par conséquent, et jusqu'à concurrence de moitié, elle fait confusion de ses reprises avec son droit de propriété. Cette confusion, s'opérant de plein droit, pourrait être empêchée par une opposition antérieure à la dissolution de la communauté; elle ne peut l'être par une opposition postérieure à cette dissolution. La femme doit donc prendre la moitié de ses reprises par préférence aux créanciers de la communauté. Pour l'autre moitié, elle vient à contribution avec les créanciers sur la part afférente au mari dans la communauté [1].

Ceci, on le voit, est un terme moyen entre deux opinions extrêmes. Il laisse à l'écart le cas de renonciation, ou plutôt il admet virtuellement que, dans ce cas, la femme, créancière elle-même de ses reprises, est sans aucun droit de préférence, par rapport aux autres créanciers, sur les valeurs mobilières de la communauté. Et s'attachant exclusivement au cas d'acceptation, il offre aux opinions divergentes une transaction basée sur un principe de confusion et à l'aide de laquelle on sauvegarderait pour partie les reprises de la femme en renvoyant les droits des créanciers à s'exercer sur la moitié revenant au mari des biens de la communauté.

33. En y regardant bien, il est difficile de ne pas reconnaître que ce système, fort ingénieusement déduit d'ailleurs, marche constamment en opppsition avec la loi.

Il est basé sur la supposition d'une division antérieure au partage et produisant des effets avant le partage. Or toutes les dispositions du Code Napoléon, depuis l'article 1469 jusqu'à

[1] M. Seligman a présenté le système que nous résumons ici, et l'a développé dans la *Gazette des tribunaux* du 26 octobre 1855.

l'article 1474, s'élèvent contre cette supposition. Si la division s'opérait à la dissolution de la communauté et avant le partage, et, par conséquent, si la confusion avait lieu à ce moment de plein droit, les époux ne seraient pas tenus de rapporter la *totalité* des récompenses par eux dues à la communauté (art. 1469); ils n'auraient pas le droit de *prélever* sur la masse le prix *entier* de leurs immeubles aliénés et la *totalité* des indemnités qui leur sont dues (art. 1470); les créances résultant de ces reprises n'emporteraient pas, *pour le tout*, intérêt de plein droit du jour de la dissolution de la communauté (art. 1473), puisqu'elles seraient éteintes par confusion au moins pour moitié. Ainsi, le Code est conçu dans un esprit absolument contraire au système proposé par M. Seligman.

Et, le dirons-nous, cela est fort heureux pour la femme elle-même; car il y aurait fort à craindre que, sous le prétexte de sauvegarder les reprises pour partie, ce système n'arrivât en fin de compte à les lui enlever en totalité. En effet, effacez ce qui précède, admettez la supposition sur laquelle le système est basé, et les créanciers, autorisés alors à raisonner d'après les principes purs en matière de confusion, auront beau jeu contre la femme. La confusion, pourra-t-on dire en leur nom, n'est un moyen d'acquérir que lorsqu'il y a mélange de deux choses qui ne peuvent plus être séparées, par exemple, de deux monceaux de blé. Dans ce cas, l'impossibilité de séparer et de reconnaître les deux choses confondues a fait consacrer, en principe, une sorte d'expropriation de l'un des propriétaires au profit de l'autre : suivant l'occurrence, le produit du mélange devient commun, ou l'un des propriétaires prend le tout, sauf une indemnité qu'il doit à l'autre (art. 573, 574). Mais tel n'est pas l'effet de la confusion résultant de ce qu'une même personne est à la fois créancière et débitrice. Dans ce cas, la confusion n'est pas un mode d'acquérir; elle opère l'extinction de l'action née de la dette plutôt qu'elle n'éteint la dette elle-même; elle ne doit pas être assimilée à un payement, car elle a plutôt pour effet de libérer la personne dans laquelle elle s'opère que d'éteindre l'obligation : *potiùs eximit personam ab obligatione quam extinguit obligationem.*

Cela étant, voici ce qui résulterait de la confusion dans l'espèce. D'une part, la créance de la femme, quoique subsistante, ne pourrait pas, à cause de la confusion, être exercée au moins

pour moitié sur les biens de la communauté, en sorte que la dette devrait être retranchée au moins pour moitié de celles qui grèvent la communauté. Et d'un autre côté, les biens de la communauté étant engagés aux obligations contractées pendant la durée de la société conjugale par le mari, tant pour lui que pour la femme, en vertu du mandat qu'il tient de celle-ci, les créanciers useraient du droit de gage général que la loi leur donne sur les biens de leur débiteur (art. 2092), et se vengeraient sur l'actif de la communauté au préjudice de la femme, dont la créance ne pourrait plus être exercée. — En définitive, la femme, empêchée de faire valoir la moitié de ses reprises vis-à-vis des créanciers de la communauté, perdrait cette moitié. Tel devrait être, en pur droit, le résultat du système proposé par M. Seligman.

La loi, plus prévoyante et plus équitable, éloigne cette conséquence fâcheuse en condamnant l'idée de division antérieure au partage. Par là le législateur fait à la femme une position comparable à celle du créancier qui acquerrait l'immeuble hypothéqué à sa créance. Celui-ci aussi fait confusion en sa personne par l'effet de l'acquisition ; il n'en est pas moins admis à faire valoir sa créance [1]. Pourquoi? Parce que la confusion ne peut s'opérer que lorsqu'il est propriétaire incommutable, lorsqu'il n'a pas à craindre l'action des créanciers. Ainsi en doit-il être et en est-il de la femme avant le partage.

34. Après ce système qui, on le voit, s'attaque seulement à un côté de la question, et retire à la théorie de la Cour de cassation beaucoup plus qu'il ne lui laisse, venons à un autre système qui se montre infiniment plus facile sinon pour la théorie elle-même, au moins pour le résultat : nous voulons parler de celui qui a été développé récemment dans ce recueil même [2].

L'auteur, M. Brésillion, est le partisan fort résolu du droit de préférence et d'exclusion prétendu par la femme exerçant ses prélèvements ou ses reprises sur les valeurs mobilières de la communauté; il en est aussi le partisan sans réserve. En conséquence, il donne ce droit de préférence et d'exclusion à la femme, soit qu'elle accepte la communauté, soit qu'elle y renonce : c'est en ceci que son opinion concorde avec la solution

[1] V. M. Troplong, *Des priv. et hyp.*, n° 726 *bis*.
[2] V. *Revue critique*, t. VIII, p. 411 et suiv.

de la Cour de cassation. Il pardonne sans doute, aux adversaires de cette doctrine, l'espoir et même la confiance qu'ils ont souvent manifestée de voir cette doctrine répudiée un jour par la Cour de cassation elle-même. Mais il demande (ce que, d'ailleurs, on ne saurait refuser) « qu'il lui soit permis d'avoir un espoir tout contraire; » et sur la ferme conviction « que la situation de la femme, vis-à-vis des créanciers envers lesquels elle n'a contracté aucune obligation, a été exactement appréciée par la Cour de cassation, il n'hésite pas à se joindre *aux rares champions* d'une thèse qu'on a voulu frapper de réprobation en la présentant comme une nouveauté dont la lecture confond d'étonnement et que nul bon esprit ne saurait accepter. »

M. Brésillion a-t-il bien vengé cette thèse de tous les dédains qu'il suppose? Cette thèse, non pas nouvelle assurément (ce serait un tort de la présenter comme telle), mais inopinément restaurée quand pesait sur elle le long oubli de plusieurs siècles, M. Brésillion l'a-t-il bien acceptée? et a-t-il protesté, en l'acceptant, contre cette pensée (supposée par lui) que nul bon esprit ne saurait la défendre? Qu'il y prenne garde! Pour nous, nous y regardons de près, et il nous semble que M. Brésillion n'est pas, autant qu'il le pense et autant qu'il le dit, le *champion* de cette thèse. Car enfin, il concède que la communauté devient propriétaire tant des sommes d'argent réservées ou provenant de la vente des propres qui y ont été absorbés, que des meubles ou immeubles à l'acquisition desquels ces sommes ont servi sans déclaration d'emploi. Jusque-là, M. Brésillion est avec nous; et, en effet, comme nous il dit, quant à l'argent, que la communauté (véritable usufruitière des biens personnels des époux) puise son droit dans l'article 587 du Code Napoléon, d'après lequel l'usufruitier des choses qui se consomment par l'usage en a la propriété, sauf restitution de leur valeur, parce qu'il n'en peut jouir qu'en les détruisant; et, quant aux acquisitions, qu'en présence des articles 1402, 1403 et 1499, il est impossible de nier que, pendant le mariage, elles soient faites pour la communauté. M. Brésillion est avec nous encore quand, refusant à la femme un droit de propriété *même conditionnel* ou alternatif dont l'objet serait ultérieurement fixé par le prélèvement, il dit que ce droit de propriété conditionnel rendrait également conditionnels les pouvoirs du mari sur la communauté, ce qui serait contraire aux principes, la

communauté ayant *la propriété pure et simple* des valeurs qui s'y trouvent, et le mari étant maître d'en disposer d'une manière incommutable. Or tout ceci est bien loin de l'idée fondamentale sur laquelle repose la jurisprudence de la Cour de cassation, puisque cette Cour regarde la femme *comme ayant été toujours propriétaire* de ses reprises ou prélèvements, comme en ayant eu la propriété du jour même où la chose reprise ou prélevée est entrée dans la communauté, et que c'est précisément en raison et comme conséquence de ce droit de propriété, contemporain de la mise en communauté, qu'elle donne à la femme un droit de préférence et d'exclusion par rapport aux créanciers de la communauté.

Il ne faut donc pas que M. Brésillion s'y méprenne : sans doute, comme la Cour de cassation, il proclame le droit de préférence en faveur de la femme, et il le proclame d'une manière absolue, c'est-à-dire pour le cas de renonciation à la communauté aussi bien que pour le cas d'acceptation; mais il n'est pas, pour cela, le tenant des arrêts de 1853 et 1854 : il en rejette la théorie au contraire, et il l'écarte par les moyens mêmes qu'invoquent, contre ces arrêts, ceux qui en critiquent à la fois et le principe et la solution; et si, quant à lui, *il a besoin d'espérer* que cette solution sera confirmée et prévaudra, il est évident qu'il en demanderait la confirmation à des motifs autres que ceux sur lesquels la solution s'appuie aujourd'hui, et qu'acceptant les conclusions il en répudie les prémisses et cherche à les corriger par des *tempéraments* qui, à ses yeux, feraient de l'ensemble de la proposition un tout concordant et homogène.

35. Quel est donc ce système, ou plutôt quel est le tempérament qui rendrait de tous points irréprochable, selon M. Brésillion, la solution à laquelle a abouti la Cour de cassation? Ce système ou ce tempérament rattache aussi le droit de préférence accordé à la femme à ce même droit de propriété qu'on lui a attribué. Seulement, ce droit de propriété, pour la femme, n'aurait pas besoin d'une rétroactivité qui le ferait remonter et naître au jour où les choses reprises ou prélevées se sont confondues avec les biens communs, il lui suffirait de prendre naissance à la dissolution de la communauté. A ce moment, la nécessité de liquider se produit. Alors, le travail de décomposition, impossible jusque-là et qui même jusque-là n'aurait

pu se concevoir, la loi elle-même l'opère en vue de la liquidation : elle dégage, *comme elle le peut*, c'est-à-dire en *équivalents*, des valeurs qui n'ont été absorbées dans la communauté que parce qu'il n'était pas possible qu'il en fut autrement, et la femme acquiert, sur ces équivalents, une propriété qui succède à celle qu'avait la communauté. — Tel est le système.

L'idée, au surplus, n'en est pas absolument nouvelle; elle nous ramène à quelque chose que nous connaissons déjà, à cette *invention* de la subrogation virtuelle, de la *masse indivise* que nous avons eu l'occasion de combattre [1], et qui, récemment encore, a été l'objet de critiques à la fois si vives et si justes [2]. Seulement, M. Brésillion veut et croit y faire un perfectionnement : et procédant, par rapport à cette idée de subrogation virtuelle, comme il a procédé à l'égard du droit de propriété consacré par la Cour de cassation, il n'en veut pas et la condamne avec énergie pour tout le temps pendant lequel la communauté reste debout, mais il l'évoque et la met en action à l'instant même où par l'effet de la dissolution de la société conjugale la communauté cesse de fonctionner.

Eh bien! que M. Brésillion nous permette de le dire : nous croyons fermement qu'il s'abuse quand il pense que l'*invention perfectionnée* prêtera à la femme, pour son prétendu droit de préférence, un secours que la femme, d'après M. Brésillion lui-même, ne trouve pas et ne saurait trouver dans le système tel qu'il a été produit par ceux qui l'ont inventé. Ceci sera démontré, pensons-nous, par l'examen des moyens invoqués par l'auteur.

36. Et toutefois, nous pourrions nous dispenser, ce nous semble, d'aller jusqu'au fond; la théorie corrigée que nous avons en présence, est de celles qu'on peut arrêter au seuil même et écarter tout d'une pièce par voie d'exception et de fin de non-recevoir.

Car, enfin, c'est d'un remploi prétendu *légal* qu'on nous parle. Où est donc la *loi* qui établit ce remploi? Où est le texte dans lequel ces expressions de *remploi légal* se trouvent même employées? Cette loi, ce texte manquent, et non-seulement ils manquent, mais encore ceux qui sont écrits et en vertu des-

[1] V. *Revue critique*, t. IV, p. 529 et p. 538 et suiv.

[2] V. l'article de M. Ancelot publié dans la dernière livraison de la *Revue critique*, t. IX, p. 422 et suiv.

quels la femme exerce ses reprises ou ses prélèvements résistent à cette idée de remploi légal, de subrogation virtuelle.

Que disent, en effet, les articles 1470 et 1493 du Code Napoléon? Ils disent, le premier, que chaque époux ou son héritier prélève, le second, que la femme renonçante a le droit de reprendre : 1° les biens personnels qui existent en nature ou ceux qui ont été acquis en remploi; 2° le prix des immeubles qui ont été aliénés pendant la communauté et dont il n'y a pas eu remploi; 3° les indemnités qui lui sont dues par la communauté.

Eh bien! voyons comment la théorie du remploi légal se concilie et se combine avec tout ceci.

D'abord, elle ne convient pas aux prélèvements ou aux reprises de la première catégorie. Il n'y a pas de remploi, en effet, lorsque la femme prélève, en vertu d'un droit de propriété préexistant et qui n'a jamais cessé de résider en sa personne, des propres qu'elle retrouve en nature; et il ne saurait y avoir non plus un remploi *légal*, lorsqu'au lieu des propres en nature, la femme prélève des biens qui sont là en vertu d'un remploi *conventionnel* fait avant la dissolution de la communauté.

En droit, la théorie du remploi légal ne convient pas davantage aux prélèvements de la seconde catégorie; car dès que le législateur classe dans un premier numéro les droits de propriété que la femme peut exercer, il semble qu'on doit regarder comme différent, sinon quant au principe, au moins quant à la nature, le droit dont il parle au numéro suivant; et l'idée de remploi *légal* paraît ici d'autant moins admissible que si la femme avait réellement ce remploi *légal* pour le prix de ses propres aliénés, on pourrait se demander à quoi servent les dispositions du Code sur le remploi *conventionnel*. Néanmoins, il est vrai de dire ici qu'une valeur est prélevée par la femme à la place d'une autre, en sorte que le fait du moins, sinon le droit, ne résiste pas absolument à la théorie.

Mais venons aux reprises ou aux prélèvements de la troisième catégorie : s'il s'agit de l'indemnité qui peut être due à la femme à raison des obligations solidaires qu'elle aurait souscrites avec son mari, s'il s'agit de dommages-intérêts seulement, etc., où est donc, qu'on nous le dise, cette valeur primitive que la femme aurait laissée se confondre dans la communauté, cette valeur dont la chose reprise ou prélevée serait l'équivalent, et dont

l'existence est l'une des conditions nécessaires et constitutives de cette fiction de la subrogation virtuelle?.... Il n'y en a point : et voilà une reprise, la plus commune de toutes, celle qu'on rencontre à peu près dans toutes les liquidations, à laquelle cette idée du remploi légal et de la subrogation virtuelle ne convient en aucune façon.

A la vérité, il resterait la ressource des distinctions. D'autres, non moins partisans que M. Brésillion du droit de préférence prétendu par la femme, ont pensé qu'il n'en est pas de l'indemnité des dettes que la femme aurait contractées pour son mari ou pour la communauté, comme des autres reprises ou prélèvements qu'elle exercerait en vertu des deux premiers numéros des articles 1470 et 1493; et, faisant exception à leur principe pour la reprise de cette indemnité, ils ont pensé que, dans ce cas, le droit de la femme est de même nature que celui des créanciers de la communauté, et qu'elle ne serait pas fondée à prétendre une reprise ou un prélèvement privilégié[1]. Mais M. Brésillion ne transige pas ainsi avec ses principes. Il a vu que les articles du Code, qui règlent les prélèvements des époux et les reprises de la femme, placent sur la même ligne les indemnités dues par la communauté, les immeubles acquis en remploi, et le prix de ceux qui ont été aliénés sans remploi; que la loi ne fait aucune distinction et ne dit rien d'où l'on puisse induire que le droit exercé par la femme, quand elle prélève ou reprend une indemnité qui lui est due, procède d'un autre principe que celui qu'elle exerce en prélevant ou reprenant le prix d'un propre aliéné sans remploi. M. Brésillion a très-bien senti, et la jurisprudence, qu'il connaît si bien, lui a fait sentir mieux encore, que si la femme n'avait pas un droit de préférence à raison des reprises de l'une des trois catégories, il n'y aurait aucun motif de lui accorder ce droit pour les reprises des autres catégories, sauf celle qui aurait pour objet un propre existant encore en nature[2]. Aussi exprime-t-il d'une manière absolue, sans y faire plus de distinction que la loi n'en fait elle-même, que la femme devient propriétaire (et, par conséquent, acquiert le droit de préférence) des choses ou des biens qu'elle a droit de reprendre ou de prélever en vertu

[1] L'exception est admise par M. Vavasseur. V. sa première dissertation, p. 19.
[2] V. l'arrêt de la Cour de Paris, du 31 décembre 1852 (*J. Pal.*, 1853, 1, 522).

des articles 1470 et 1493 du Code Napoléon. Il évite ainsi l'inconséquence où sont tombés ceux de ses devanciers qui ont cru devoir tempérer leur théorie par des distinctions tout à fait illogiques; mais par contre il reste avec une théorie incomplète et qui n'explique plus rien dès qu'elle n'explique pas tout.

Il y a autre chose encore : nous avons pris la théorie seulement dans sa formule, dans cette idée de *remploi légal* sous laquelle elle se produit; prenons-la maintenant dans l'effet prétendu juridique que M. Brésillion lui attribue, et ici nous allons retrouver, plus saillante même que dans tout autre système, une objection que nous avons eu plus d'une fois l'occasion d'élever. L'effet du remploi légal, on le sait, est, d'après M. Brésillion, d'attribuer à la femme, *à partir de la dissolution de la communauté*, la propriété des biens que l'article 1470 l'autorise à prélever en remplacement des propres auxquels ces biens se trouvent virtuellement subrogés.

Or cela étant donné, nous prions M. Brésillion de concilier, s'il le peut, sa thèse avec les dispositions de l'article 1473 du Code Napoléon.

Dans l'opinion que nous avons soutenue, la conciliation se fait à merveille, et la disposition de l'article 1473 est si parfaitement expliquée que notre solution s'en trouve pour ainsi dire pleinement justifiée.

L'article 1473 nous dit que « les remplois et récompenses dues par la communauté aux époux *emportent les intérêts de plein droit* DU JOUR DE LA DISSOLUTION DE LA COMMUNAUTÉ. » Admettez avec nous que la femme est créancière de ses reprises, qu'elle en est créancière non-seulement pendant la durée de la communauté, mais encore après la dissolution et jusqu'au partage accompli, et la disposition de la loi se justifie d'elle-même. Créancière, la femme aurait droit à des intérêts sans doute, puisque le propre d'un droit de créance est de produire des intérêts; la femme n'en recevra pas cependant tant que la communauté restera debout, parce que l'équivalent des intérêts se trouve alors, pour elle, dans sa participation aux avantages, aux bénéfices que procurent ses propres, dont la jouissance est conférée à cette communauté conjugale où elle est partie prenante; mais vienne la dissolution, tout change, la femme n'a plus de participation aux bénéfices de la jouissance, les intérêts de la créance n'ont plus leur équivalent : c'est donc le cas de faire entrer cette

créance dans les conditions normales, de restituer à ce droit de créance le caractère et les effets qui lui sont propres; et cette nécessité, l'article 1473 la reconnaît et la consacre quand il dit que « les remplois et récompenses dues par la communauté aux époux *emportent les intérêts de plein droit* DU JOUR DE LA DISSOLUTION DE LA COMMUNAUTÉ. » Tout cela, encore une fois, se conçoit et se coordonne à merveille.

Mais supposez admise la théorie de M. Brésillion, et tout dans la loi devient, au contraire, incohérence et contradiction. Si la loi a dit, avec cette théorie, qu'*à partir de la dissolution de la communauté* la femme acquiert, par l'effet d'un remploi légal, d'une subrogation virtuelle, une propriété qui succède à la propriété qu'avait la communauté, elle a dit en même temps, et elle a voulu avec l'article 1473, qui reste dans le Code d'où la théorie précitée ne saurait le faire sortir, qu'*à partir de ce même jour où la communauté vient à se dissoudre*, de ce jour où la femme devient propriétaire, ses remplois et récompenses *emportent les intérêts de plein droit!* Or y a-t-il rien de plus anormal? Conçoit-on une association d'idées aussi contradictoires? Qui donc pourrait comprendre et expliquer cette situation impossible, ce phénomème étrange entre tous, où l'on voit qu'à un moment donné, celui où la communauté cesse de fonctionner par l'effet de la dissolution, le droit de créance de la femme s'éteint pour se transformer en un droit de propriété, et qu'à ce moment même, précisément à ce moment, ce droit, qui a cessé d'être une créance, va cependant commencer à produire des intérêts! Et c'est la loi qui dirait cela! c'est la loi qui établirait cette situation! Non, évidemment, M. Brésillion n'y a pas pris garde; il a édifié sa théorie en passant par dessus l'article 1473 et sans l'apercevoir. L'article n'en est pas moins écrit dans la loi; nous le retenons au débat, et nous pourrions ne pas insister davantage sur la réfutation d'un système qui, fondé qu'il est sur une idée de propriété, rencontre devant lui un texte qui, supposant manifestement le droit de créance, l'écarte ainsi par voie d'exception.

37. Allons plus avant, toutefois; abordons les moyens du fond: aussi bien ces moyens sont peu nombreux, car la dissertation de M. Brésillion est moins un travail de démonstration qu'une œuvre de critique où tous les systèmes sont successivement discutés et contredits, ceux qui aboutissent au droit de préférence

admis par l'auteur, non moins, d'ailleurs, que ceux qui voient dans la femme un créancier dont le titre est égal à celui des autres créanciers de la communauté. Il y a deux points dans lesquels M. Brésillion renferme la justification de sa théorie : l'un de droit, pris de l'article 1470, et notamment du mot *prélèvement* employé dans cet article; l'autre de pure considération, puisé dans la nécessité d'assurer la conservation de la fortune mobilière des femmes.

38. L'article 1470, dans le cas d'acceptation de la communauté, est la base même du système : c'est par cet article que serait opéré, après la dissolution de la communauté, le remploi légal dont tout à l'heure nous cherchions, sans la trouver, la formule même dans la loi, un remploi équivalant ou suppléant à celui qui, aux termes de l'article 1595, n° 2, aurait pu être consenti par le mari lui-même durant le mariage. Comment tout cela se trouve-t-il dans l'article 1470? Le voici.

M. Brésillion rappelle d'abord le projet primitif du Code, dans lequel les rédacteurs disaient, à l'article 83, « que l'acceptation de la communauté, qui est faite par la femme survivante ou par ses héritiers, leur donne droit à la moitié de l'actif de la communauté, et les soumet au payement de toutes les dettes de la communauté, aussi pour moitié; » puis il ajoute que si la disposition eût été maintenue, il n'y aurait pas eu prélèvement de reprises impliquant idée de propriété : alors, dit M. Brésillion, deux parts de la communauté eussent été à faire; l'une aurait appartenu à la femme qui, chargée en même temps de la moitié du passif, aurait fait confusion en sa personne de la moitié de ses reprises, l'autre moitié restant à la charge du mari : et les reprises eussent été ainsi dettes de communauté.

Mais l'article 83 du projet a été supprimé, supprimé, dit M. Brésillion, *en grande connaissance de cause*, et le mode de liquidation s'en est trouvé complétement modifié. Désormais ce n'est pas *la moitié de la communauté* qui appartient à la femme par l'effet de son acceptation; l'article 1470 lui fait une attribution exclusive des biens de la communauté jusqu'à concurrence de ses reprises; attribution semblable est faite, par le même article, au mari pour les prélèvements qu'il peut avoir à exercer de son côté; et le surplus seulement, d'après l'article 1474, est à partager par moitié. Car l'article 83 du projet écarté, ces articles 1470 et 1474 restent dans le Code avec leur signification

précise, et les expressions en ont la valeur qui leur est propre. Or c'est par voie de *prélèvement* que la femme, d'après le premier, est remplie de ses reprises; par voie de prélèvement! c'est donc à dire qu'elle est propriétaire; et c'est ainsi que par une attribution de propriété *équivalant à remploi*, la loi détache de la masse commune une portion à laquelle le second article veut avec raison que le partage reste étranger.

L'argument est ingénieux peut-être; mais nous craignons que l'imagination y ait une bien grande part! Descendons au positif des choses : aussi bien le droit y est mieux dans son élément.

39. Et d'abord cet article 83 du projet, dont la suppression prétendue a ouvert aux conjectures de M. Brésillion une carrière si large, a-t-il été réellement supprimé? En aucune manière : l'article est resté dans le Code; et s'il y est en d'autres termes, il y est néanmoins; on l'y voit sous le n° 1467, où le législateur exprime « qu'après l'acceptation de la communauté par la femme ou ses héritiers, *l'actif se partage et le passif est supporté* de la manière ci-après déterminée, » tout comme les rédacteurs du projet avaient exprimé, dans l'article 83, que « l'acceptation de la communauté par la femme, *lui donne droit à la moitié de l'actif de la communauté et la soumet au payement des dettes, aussi pour moitié.* »

Et puis, cette dernière rédaction avait-elle bien réellement une portée et une signification telles que par l'effet seul de la suppression ou du changement le système de liquidation et le mode de partage aient été complétement modifiés? Non assurément : il suffit, pour en être convaincu, de comparer entre elles les dispositions du Code et celles du projet. Le rapprochement montre que, de l'un et de l'autre côté, ce point est réglé *de la même manière et en des termes identiques.* Il y a, en effet, soit dans le projet primitif, soit dans le Code, une série de dispositions venant après celle que nous avons rappelée, et dont l'objet est précisément d'organiser et de régler le mode du partage. On y voit que de l'article 1468 à l'article 1482, le Code reproduit absolument et à peu près littéralement les dispositions qui, sur ce point, étaient renfermées dans le projet, depuis l'article 84 jusqu'à l'article 97; notamment on voit que par son article 86, correspondant à l'article 1470 du Code, le projet autorisait aussi la femme à se remplir de ses reprises *par voie de prélèvement;* qu'à l'article 90, correspondant à l'article 1474 du

Code, il était dit aussi dans le projet « qu'après que tous les prélèvements des deux conjoints ont été exécutés sur la masse, *le surplus se partage par moitié*[1].....; » toutes dispositions qui sont les éléments mêmes et les seuls éléments sur lesquels M. Brésillion entend asseoir sa théorie aujourd'hui.

Aussi quand nous trouvons sous sa plume cette déclaration que si l'article 83 du projet eût été maintenu dans le Code, le droit en eût été complétement changé, et par conséquent que lui-même, défenseur si résolu du droit de préférence prétendu par la femme, en eût été l'adversaire non moins résolu, nous éprouvons, nous l'avouons, une bien grande surprise. Et faisant appel à ce travail de comparaison, à ce rapprochement que nous venons d'indiquer et que M. Brésillion a sans doute négligé de faire, nous croyons pouvoir l'assurer que même avec un texte reproduisant l'article 83 du projet primitif, nous aurions le regret de le trouver encore au nombre de nos adversaires; car, en admettant que les motifs qui le déterminent aient toute la valeur et toute la puissance qu'il leur suppose, ce texte ne leur en ôterait rien. Pourquoi cela? Parce que l'article 83 était, dans le projet primitif, précisément ce qu'est l'article 1467 dans le Code, un texte comme il y en a beaucoup, trop peut-être, dans nos lois, un de ces textes de pure théorie en quelque sorte, où le législateur *expose* et ne *dispose* pas. Le cas prévu ici est celui où la communauté est acceptée par la femme; le législateur juge nécessaire d'énoncer, avant tout, les suites immédiates de l'acceptation; et préalablement à toute réglementation du partage, ce qui est l'objet des dispositions subséquentes, il *expose* que l'acceptation de la communauté *donnera lieu au partage*, se bornant ainsi à signaler le partage comme le fait qui doit découler immédiatement de l'acceptation de la communauté. L'article 83 du projet n'avait pas d'autre portée: cela est visible déjà quand on confère cet article avec ceux qui le suivaient, en ce qu'on n'aurait pu le prendre à la lettre et lui attribuer le caractère *dispositif* quand il énonçait que l'acceptation par la femme *lui donne droit à la moitié de l'actif de la communauté*, sans le mettre en opposition avec les articles subséquents, dans lesquels il était dit, en même temps, que les époux prélèveraient leurs reprises, et que *le surplus seulement*

[1] V. Fenet, t. II, p. 319, 320, et t. XIII, p. 507, 508.

se partagerait par moitié; mais cela devient plus visible encore par l'article 1467 du Code, par cet article qui correspond à l'article 83 du projet, et dont la forme nettement *énonciative* et *expositive* a été prise évidemment pour rendre mieux et dans une formule plus correcte la pensée même de la loi, pour mettre ses divers articles en corrélation, et pour effacer même l'apparence d'une contradiction.

Laissons donc ce premier point à l'écart. Évidemment M. Brésillion a dit plus qu'il n'en pourrait prouver, et il a voulu faire entendre plus encore qu'il n'en a dit quand il a avancé que l'article 83 du projet a été supprimé ou modifié *en grande connaissance de cause.* La cause du changement se montre visiblement dans les observations qui précèdent; il en résulte que des modifications ont été faites à une rédaction primitive, non point en vue des principes auxquels l'article modifié ne touchait pas, mais uniquement en vue de l'expression et pour en rendre l'objet plus précis. N'insistons donc pas davantage; et plaçant l'argument de M. Brésillion là où il le place lui-même, dans l'article 1470 du Code Napoléon, disons que cet argument ne peut avoir d'autre force que celle qu'il prend de cet article même, et qu'aucun secours ne peut lui venir d'autre part.

40. Ceci étant, nous pouvons opposer tout d'abord à M. Brésillion la doctrine de ceux dont il adopte la solution, et le combattre avec les armes mêmes de ceux à côté de qui il est venu se placer. Le plus éminent des jurisconsultes qui défendent le droit de préférence et d'exclusion réclamé par la femme; celui-là même qui, le premier, a produit cette thèse et dont la grande autorité l'a si puissamment aidée dans ses succès, M. le premier président Troplong dit en effet: « Si c'était le seul texte dont la femme put se prévaloir, rien d'assez précis ne s'y trouverait, j'en conviens, pour décider la question en sa faveur. Cet article s'occupe du partage entre époux et des droits respectifs de ces derniers. La preuve qu'à lui seul il n'élève pas d'obstacle contre les tiers, c'est que le mari, à qui il est applicable pour l'ordre et la discussion des biens de la communauté, est toujours tenu *ultrà vires* envers les créanciers de la communauté. Il n'empêche pas non plus, par la même raison, que la femme qui n'a pas fait inventaire, et qui, par conséquent, est tenue sur ses propres, et *ultrà vires*, ne doive compte aux créanciers de ses prélèvements sur la masse des biens de la

communauté : car étant tenue sur les propres, elle est évidemment tenue sur les biens qui lui ont été donnés en payement de ses propres. *Si donc la femme n'avait que cet article pour se défendre contre les créanciers, elle devrait succomber* [1]. » Ainsi parle M. Troplong à propos de l'article 1471, qui est la suite et le complément de l'article 1470, mettant ainsi à l'écart et invoquant même contre la femme, en faveur de laquelle pourtant il admet en définitive le droit de préférence et d'exclusion, les textes auxquels M. Brésillion rattache ce même droit de préférence à peu près exclusivement.

Rien assurément n'est plus étrange qu'une telle contrariété de vues dans des doctrines qui tendent pourtant et aboutissent au même résultat. Il y a une moralité à tirer de ceci, et nous y viendrons tout à l'heure. Voyons, avant tout, où est la vérité dans ces appréciations opposées et contradictoires.

41. M. Brésillion fait découler la sienne de la pensée même des rédacteurs de la loi. Mais nous nous reportons à la discussion, et nous constatons que nulle part, ni dans les projets, ni dans l'avis des Cours, ni dans les débats auxquels la loi a donné lieu, cette interprétation ne se trouve indiquée. Nous pourrions aller plus loin et dire que, sinon au titre du *Contrat de mariage*, au moins au titre des *Priviléges et hypothèques*, il y a quelques indices en sens contraire. Car les Cours de Lyon et de Montpellier ont demandé formellement, en faveur de la femme, le privilége dans lequel se résume en définitive l'opinion de M. Brésillion ; elles voulaient qu'on accordât à la femme, pour la restitution de sa dot, une préférence que, disaient-elles, *le Code tel qu'il est rédigé ne lui donne pas* [2]; la Cour de Lyon notamment insistait là-dessus, parce que le privilége sur le mobilier était d'usage dans son ressort [3]; elle reconnaissait seulement que les priviléges généraux et les priviléges spéciaux devaient avoir le pas sur celui dont elle demandait l'introduction. Or celui-ci ne figure pas au nombre de ceux qui sont énumérés dans les articles 2101 et 2102. C'est donc à dire qu'on n'a pas entendu l'admettre. Ceci n'est pas décisif sans doute, puisqu'il n'y a pas de vote positif qui ait rejeté la proposition. Mais enfin c'est un indice contre lequel rien ne s'élève dans la

[1] V. M. Troplong, *Du contrat de mariage*, n° 1637.
[2] V. Fenet, t. IV, p. 230; t. V, p. 539.
[3] V. Bretonnier sur Henrys, liv. IV, quest. 158 (t. II, p. 878).

discussion sur le titre du *Contrat de mariage;* car nous remarquons que, sauf un changement insignifiant opéré par le Tribunat dans la rédaction de l'article 1470 (la suppression de la conjonction *et* mal à propos insérée dans le premier paragraphe), cet article a été présenté dans les termes mêmes où il figure au Code, qu'il a été admis sans discussion au conseil d'État, et enfin que nulle part, ni au Tribunat, ni au Corps législatif, il n'a été présenté comme instituant ce remploi légal dont l'objet serait de suppléer au défaut de remploi conventionnel et d'attribuer à la femme un droit de préférence et d'exclusion vis-à-vis des créanciers de la communauté [1].

Pourtant, il faut le dire, il y a un mot auquel M. Brésillion se rattache; le tribun Duveyrier, en s'occupant précisément des reprises des époux et spécialement des biens sur lesquels chacun d'eux exercerait ces reprises, a dit dans son rapport: « Si l'immeuble vendu appartient au mari, le *remploi* du prix ne s'exerce que sur la masse de la communauté; et, au contraire, si l'immeuble appartient à la femme et si les biens de la communauté sont insuffisants *au remploi*, il s'exerce sur les biens personnels du mari [2]..... » C'est ce mot *remploi* qui paraît décisif à M. Brésillion, et dans lequel il veut trouver une preuve de ce que sa théorie du remploi légal aurait été dans la pensée des rédacteurs de la loi.

Mais la preuve n'est-elle pas bien étrange? Et comment M. Brésillion n'a-t-il pas aperçu tout ce qu'elle a de compromettant pour le système qui s'en autorise? Le tribun Duveyrier se propose pour objet de montrer « comment une justice éclairée modifie les principes des remplois pour la femme autrement que pour le mari, » et il met en opposition les deux situations dont il s'occupe. Dans la première, le cas prévu est celui où l'immeuble dont le prix est à prélever *appartenait au mari.* Peut-il être question là de ce remploi légal attributif d'un droit de préférence et d'exclusion par rapport aux créanciers de la communauté? Non, évidemment; car le mari, quant à lui, est toujours responsable et tenu *ultrà vires.* Dans la seconde situation, le cas prévu est celui où l'immeuble ayant appartenu à la femme, celle-ci en reprend le prix *sur les biens*

[1] V. Fenet, t. XIII, p. 507, 569, 613.
[2] V. Fenet, t. XIII, p. 727.

personnels du mari, à défaut de valeurs suffisantes dans la communauté. Encore ici peut-il être question du remploi légal? Pas davantage; car il est admis, et par M. Brésillion lui-même, que la femme, sinon quand elle exerce ses reprises sur la masse de la communauté, au moins lorsqu'elle les exerce sur les biens personnels du mari, agit en qualité de *créancière.* En sorte qu'on prouverait que la théorie du remploi légal a été dans la pensée et dans le vœu des rédacteurs de la loi, en vertu d'une opinion de laquelle il résulte que cette théorie a été nécessairement hors des vues de l'opinant, puisque, des deux situations qui l'occupent exclusivement, pas une n'eût été susceptible d'en recevoir l'application! Cela ne peut être sérieux; évidemment le mot remploi employé par le tribun Duveyrier n'avait pas la portée que M. Brésillion lui a prêtée : et cela posé que le passage en question peut seul être produit à titre de preuve, il est permis d'affirmer que les rédacteurs de la loi n'ont pas voulu faire du prélèvement autorisé par l'article 1470 le fait légal qui, transformant subitement le droit de la femme par rapport à ses reprises, la rendrait propriétaire de créancière qu'elle était, lui attribuerait comme équivalent et par l'effet d'une subrogation virtuelle des valeurs de la communauté à la place des propres qu'elle avait et qu'elle ne retrouve pas, et lui conférerait un droit de propriété à la faveur duquel elle retiendrait ces valeurs à l'exclusion des créanciers de la communauté.

Ainsi, la vérité sur l'article 1470 n'est pas du côté de l'interprétation donnée par M. Brésillion.

42. Au contraire, celle de M. le premier président Troplong se justifie par l'autorité même des faits.

Les divergences ont été nombreuses dans l'ancien droit sur le meilleur mode à suivre pour le partage de la communauté entre époux. Lebrun, Pothier, Renusson, en avaient indiqué quatre principaux dont l'annotateur de Renusson précisait les effets et le procédé en ces termes [1] : « Quand il n'est question de partager la communauté qu'entre le mari et la femme, ou que les héritiers du prédécédé succèdent indistinctement à tous les biens, il n'y a pas d'embarras, parce qu'alors *il devient in-*

[1] Lebrun, liv. III, ch. 2, sect. 6, dist. 1, nos 2 et suiv.—Pothier, *Comm.*, nos 694 et suiv. — Renusson, *ibid.*, ch. 3, nos 17, 18, 48, et son annotateur, p. 139.

différent de compenser les reprises respectives des conjoints les unes avec les autres et de ne répéter que l'excédant, *de les prélever de la communauté avant le partage par forme de délibation* OU APRÈS PARTAGE PAR CONFUSION, ou même de partager les effets de la communauté et de regarder les reprises et remplois comme des *dettes* de chacun des conjoints. TOUTES CES OPÉRATIONS PRODUISENT LE MÊME EFFET. — Mais lorsque le conjoint prédécède, des héritiers aux meubles et des héritiers aux propres, l'opération devient importante, parce que si l'on prélève les reprises et remplois sur la masse de la communauté, elles ne sont payées que par l'héritier des meubles et acquêts, l'héritier des propres n'en paye rien; si on les met au nombre des dettes du conjoint du prédécédé, l'héritier des propres, au contraire, y contribue..... Si les mêmes héritiers sont héritiers des propres et acquêts, dans ce cas, *pour rendre plus facile les opérations du partage,* on commence par faire sur la masse un prélèvement des deniers stipulés propres et remplois du conjoint survivant, et ensuite on fait le partage. » — Mais suivant Renusson, l'usage était différent au Châtelet de Paris; d'après Bourjon, on employait l'un ou l'autre mode au choix de celui qui rendait compte; et quelquefois, comme nous l'apprend Lebrun, la femme se refusait au prélèvement avant partage lorsque les valeurs de la communauté n'étaient pas à sa convenance [1].

Les rédacteurs du Code se sont trouvés en face de toutes ces divergences; ils y ont coupé court en optant pour le prélèvement avant partage, ce moyen qui, suivant l'expression des anciens auteurs, avait été imaginé pour faciliter les opérations : les articles 1470 et 1474 du Code Napoléon n'ont pas eu d'autre objet que celui-là. Ils statuent, en vue de l'opération à faire entre le mari et la femme, sans s'occuper encore des droits des créanciers. C'est ce que M. le premier président Troplong énonce avec toute raison en disant que l'article 1470 *s'occupe du partage entre époux, des droits respectifs de ces derniers;* et quand M. Brésillion veut voir dans cet article quelque chose de plus, et spécialement sa théorie d'un remploi légal remontant à la dissolution de la communauté et agissant d'une manière si funeste contre les tiers dont elle atteint les droits, dont elle

[1] V. les auteurs cités à la note précédente. — *Junge* Bourjon, *Droit commun*, 6e part., De la comm., ch. 6, sect. 1, n° 2.

méconnaît les intérêts, il ne songe pas que le texte même résiste à cette pensée, qu'écrit dans le paragraphe du Code consacré au *partage de l'actif*, il est placé sous une rubrique indicative par elle-même de l'idée que la loi statue en vue de l'opération à faire entre ceux-là seuls qui sont parties prenantes dans l'actif à partager, que le prélèvement est partie intégrante du partage avec lequel il se confond, et que c'est même le partage, et le partage seul qui opère le prélèvement.

Telle est la pensée réelle de l'article 1470, et l'on peut être d'autant plus surpris de la voir méconnue qu'après tout elle n'est pas le moins du monde spéciale à la matière de la communauté. Évidemment cet article et l'article 1474 reproduisent pour le partage de la communauté l'idée même que les articles 830 et 831 ont formulée pour le partage des successions. Il n'y a pas là de contestation possible.

Or, faisons une hypothèse. — Une succession s'ouvre; elle présente un actif de 10,000 francs en deniers comptants, et elle est grevée de 10,000 francs de dettes. La succession est à partager entre deux héritiers, dont l'un, insolvable au moment de l'ouverture, a reçu du vivant de l'auteur commun 20,000 francs en dot, et dont l'autre n'a rien reçu. — La succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire. Dans cette situation, l'héritier non doté consulte les dispositions de la loi sur les successions, et il y voit que les avantages faits à son cohéritier n'étant pas rapportés en nature, il a droit, lui, *à prélever* une portion égale sur la masse de la succession (art. 830); que c'est après les *prélèvements* qu'il est procédé au partage de ce qui reste dans la masse (art. 831) et que le rapport n'est pas dû aux créanciers de la succession (art. 857). Là-dessus il imagine que le prélèvement qu'il a droit d'exercer implique en sa faveur la propriété des valeurs de la succession et la propriété exempte des dettes, puisqu'elle représente le rapport qui lui est dû à lui, mais qui n'est pas dû aux créanciers. En conséquence il fait main basse sur les 10,000 francs qu'il trouve là en deniers comptants, et il dit : « Si j'étais héritier pur et simple, je devrais sans doute payer les dettes de la succession jusqu'à concurrence de moitié, et par conséquent donner 5,000 francs sur les 10,000 francs que je prends (art. 870); mais je suis héritier bénéficiaire, et je retiens la totalité (art. 802), car j'ai exercé le *prélèvement* dans la succession, non à titre d'héritier, mais

bien comme propriétaire, et en vertu de l'attribution qui m'est faite par préférence et à l'exclusion des créanciers. » Assurément la prétention serait inique entre toutes, et personne, nous en sommes convaincu, n'hésiterait à rejeter cette interprétation abusive et à la condamner au nom du droit, de la justice et de la vérité. En quoi donc la prétention de la femme, lorsqu'elle se dit propriétaire, à l'exclusion des créanciers de la communauté, des valeurs qu'elle a prélevées au partage, mériterait-elle d'être mieux accueillie? Serait-elle plus équitable? Non; car de même que le défunt a pu grever ses biens des dettes qu'il a contractées, de même le mari a pu, en vertu de l'article 1421, grever les biens de la communauté : en sorte que la femme va aussi bien que l'héritier contre les voies de la justice par une prétention qui tend à anéantir les droits des créanciers. Serait-elle mieux fondée en droit? Non encore; car l'article 1470 n'a pas fait pour la femme plus que les articles 830 et 831 n'ont fait pour l'héritier; et de même que, par ces derniers articles, le législateur a réglé le mode de partage de la succession, de même, par le premier, il a réglé, et par des expressions identiques, le mode de partage de la communauté. La situation est donc égale; si l'interprétation par l'héritier des articles 830 et 831, dans le sens d'un droit de préférence et d'exclusion, est abusive et fausse, il ne se peut pas que l'interprétation dans le même sens de l'article 1470 par la femme soit légitime et exacte. Voilà pourquoi cet article 1470, sur lequel M. Brésillion fonde toutes ses espérances, ne peut lui promettre qu'une déception; car, disons-le avec M. le premier président Troplong, et disons-le surtout après les rapprochements qui précèdent, *la femme, dès qu'elle est réduite à cet article pour se défendre contre les créanciers, doit nécessairement succomber.*

43. Après les raisons de droit par lesquelles il a cherché à justifier sa théorie, M. Brésillion entre dans le domaine des considérations. Dans cet ordre d'idées, le nouveau défenseur du privilége si gratuitement créé en faveur de la femme, n'hésite pas à dire que le législateur n'a pu se dispenser d'assurer la conservation des fortunes mobilières des femmes pour obéir au besoin de les protéger contre des désastres de plus en plus menaçants, et que cette nécessité étant reconnue, le moyen de protection le plus sûr, celui qui plus qu'aucun autre est d'accord avec l'*équité* comme avec la signification rationnelle et ju-

ridique du mot communauté lorsqu'il ne s'agit plus que de liquidation, était la doctrine du droit de prélèvement à titre de propriété. — De notre côté, nous n'hésitons pas à dire que tout est on ne peut plus hasardé dans ces propositions : les prémisses aussi bien que la conséquence.

Et d'abord nous contestons cette prétendue nécessité de protection au nom de laquelle se produit la doctrine que nous avons combattue; car cette idée est essentiellement contraire au principe même de la communauté légale. Remontez à l'origine même, à la formation de ce régime, et vous voyez que la femme s'abandonnait en toute confiance, et de la manière la plus absolue, à la foi de son mari; elle n'avait alors aucune des ressources qui lui ont été offertes depuis, et à l'aide desquelles elle peut aujourd'hui, par sa renonciation, limiter ses pertes dans une société à l'administration de laquelle elle est forcément restée étrangère, ou n'être tenue que jusqu'à concurrence de son émolument si elle se détermine à accepter la communauté. Mais ces tempéraments que l'équité a fait introduire successivement n'ont altéré en aucune manière le principe essentiel de la communauté; et aujourd'hui, aussi bien que lorsque la femme était forcée d'accepter et était tenue de toutes les dettes, même *ultrà vires*, le régime de la communauté reste le régime de confiance, d'abandon, de liberté. C'est ce qu'exprimait M. Rouland, alors procureur général devant la Cour de Paris, lorsqu'il disait : « Dans la communauté, la femme ne songe pas, comme dans le régime dotal, à sortir du droit commun des transactions. Elle garde sa liberté absolue de s'obliger personnellement; elle jouit de la même liberté absolue d'aliéner sa fortune, avec l'autorisation maritale. En un mot, suivant son statut réel ou personnel, elle est personne civile, complétement libre de tous les actes de la vie civile. *Elle voudrait se ruiner qu'elle le pourrait.* Lors donc qu'elle aliène ses immeubles du consentement de son mari, elle renonce valablement, vis-à-vis des tiers, à la propriété qu'elle met dans la main d'autrui..... Et en ce qui concerne ses propres mobiliers, elle sait, en adoptant le régime de communauté, que cette communauté, par l'administration du mari, en usera, et que s'il s'agit de choses qui se dénaturent par l'usage, ces choses seront dénaturées et transformées..... Elle admet donc à l'avance, et par la force de son régime matrimonial, cette espèce de dépouillement mobilier. C'est là sur-

tout ce qui caractérise le côté libéral de ce régime, et ce qui constitue la grande sécurité pour les tiers traitant avec le mari, chef de l'association. »

Que parle-t-on donc ici de la nécessité, pour le législateur, de protéger la femme? Cette protection de la loi, la femme n'en a pas voulu. Elle avait, pour se la procurer, le secours des autres formes d'association conjugale que la loi consacre; car si la communauté est le régime de droit commun, elle n'est pas du moins le régime imposé par la loi. La femme pouvait stipuler la dotalité, et se placer ainsi sous l'autorité d'un principe de défiance, d'égoïsme, de gêne. Même en optant pour la communauté, elle pouvait en modifier le principe par des stipulations particulières de réalisation, d'emploi, d'exclusion, de séparation de dettes, toutes conventions qui lui auraient donné plus ou moins les sûretés ou les priviléges qu'on réclame pour elle. Mais elle n'a voulu rien de cela dès qu'elle a consenti à se placer sous le principe de la communauté légale; par là elle a suivi par avance la foi de son mari, auquel elle a confié ses intérêts sans réserve; elle l'a voulu pour mandataire. C'est la supposition de la loi; c'est le principe même, c'est le caractère essentiel de cette forme d'association conjugale. Et c'est évidemment confondre toutes choses et s'abandonner à des préoccupations vraiment étranges en cette matière, que nous parler ici de cette nécessité prétendue où serait la loi de restituer la femme soit à raison de sa dot, soit à raison de la fragilité de son sexe. La femme qui veut compter sur ces restitutions, sur cette protection spéciale de la loi doit opter, en se mariant, pour les régimes d'association conjugale auxquels ces idées appartiennent en propre; dans le régime de la communauté légale, ces idées sont tout à fait hors de mise; c'est une anomalie véritable de les y introduire.

A ce point de vue déjà, nous écartons les considérations mises en avant par M. Brésillion.

Mais elles sont surtout inadmissibles dans leur conclusion. Comment! c'est au nom de l'équité qu'on voudrait défendre ce système du prélèvement à titre de propriété, ce droit de préférence et d'exclusion réclamé pour la femme sur les valeurs mobilières de la communauté! Y songe-t-on?

Voici un jeune homme qui, au moment de se marier, emprunte une somme d'argent qu'il destine à l'acquisition d'un fonds de

commerce, d'une usine; il se marie sous le régime de la communauté légale, apporte les sommes empruntées, et déclare même qu'il les a empruntées; puis après le mariage, il réalise l'acquisition projetée. Vient maintenant la liquidation de la communauté, et la femme exerçant ses reprises aura, sur le fonds de commerce, sur l'usine, un droit de préférence et d'exclusion même par rapport au prêteur dont les deniers ont soldé l'acquisition!

Voici une communauté dissoute par la mort du mari, et la femme, dans la liquidation et le partage, pourra faire main basse sur toutes les valeurs mobilières pour se remplir de ses reprises, et d'un seul coup exclure le créancier qui a prêté pour l'inhumation du mari, le médecin qui lui a donné ses soins pendant la dernière maladie, les domestiques dont elle-même elle a reçu les services, les marchands qui ont fait des fournitures dont elle-même elle a pris sa part; tous ces créanciers, en un mot, dont la créance est tellement favorable que le législateur la déclare privilégiée sur la généralité des meubles du débiteur, et subsidiairement sur ses immeubles (art. 2101, 2104)!

Voici une liquidation qui s'opère, et la femme y venant avec son droit de reprise ou de prélèvement, primera le propriétaire qui réclame les loyers de la maison qu'elle habitait elle-même avec son mari, l'ouvrier qui réclame les frais par lui faits pour la conservation d'un objet mobilier qui est dans la communauté, le vendeur qui demande le prix d'effets mobiliers par lui vendus aux époux, peut-être à la femme elle-même, et elle enlèvera à ces créanciers la chose même qui est leur gage et que la loi affecte explicitement d'un privilége spécial à leur profit (art. 2102)!

Et tout cela au nom de l'équité! C'est vraiment dérisoire. Nous disons, au contraire, que le système qui consacre de telles préférences est profondément inique. Qu'on le veuille ou non, ce système restaure et introduit dans le régime de la communauté cette fameuse loi *Assiduis* que les rédacteurs du Code ont condamnée pourtant, et qu'ils ont chassée même du régime dotal (art. 1572), tant ils l'ont trouvée « subversive de la loi commune et de tous les rapports sociaux [1]. » M. Brésillion a beau nier ceci, le fait ici parle plus haut que la dénégation. Avec son système, comme avec tous les systèmes qui inves-

V. le rapport du tribun Duveyrier (Fenet, t. XIII, p. 761).

tissent la femme d'un droit de préférence et d'exclusion, la loi *Assiduis* entre de vive force dans le régime de la communauté, à cela près seulement qu'au lieu d'atteindre les créances hypothécaires, on dépouille les créanciers chirographaires antérieurs au mariage, lorsque la dette contractée vis-à-vis d'eux est entrée dans la communauté : on va même au delà de ce que demandaient les Cours de Montpellier et de Lyon [1] (ce qui n'a pas été accordé), on donne le pas à la femme même sur les créanciers privilégiés de la communauté. Aussi, après avoir protesté, au nom du droit, contre ces systèmes, il y a toute raison de leur contester le bénéfice des considérations morales dans lesquelles ils se réfugient, et, en leur enlevant ce manteau d'équité dont ils se couvrent, de protester encore contre eux tous au nom de la justice.

44. Après avoir apprécié dans son ensemble et dans ses détails celui de ces systèmes qui s'est produit le dernier au secours de la femme contre les droits si légitimes des créanciers de la communauté, nous restons plus que jamais pénétré de la vérité de nos appréciations premières. Elles sont vivement combattues par M. Brésillion, et il n'en pouvait pas être autrement. Quand les doctrines de ceux-là mêmes dont il a adopté la solution n'échappent pas à sa critique, nous ne saurions être surpris de le voir s'élever contre les principaux éléments de la nôtre. Toutefois, les a-t-il ébranlés? Nous ne le croyons pas.

45. Ainsi, nous avons dit, en droit, que la femme qui accepte la communauté est à la fois propriétaire et créancière de ses reprises, propriétaire vis-à-vis de son mari, créancière vis-à-vis des créanciers de la communauté. M. Brésillion nous oppose que le droit de propriété est absolu, et que la femme ne peut s'attribuer une qualité ou une autre, selon son bon plaisir ou son intérêt. Que pouvons-nous répliquer à cela? que cette position, ce n'est pas la femme qui se la fait, qu'elle la tient de la loi elle-même? que dans la communauté il y a perpétuellement des rapports et des intérêts distincts à envisager, les rapports et les intérêts des époux entre eux ou avec la communauté, les rapports et les intérêts de la communauté avec les tiers? que c'est une distinction fondamentale dans la matière, et que seule, sur une infinité de points, elle peut expliquer et concilier des théories

[1] V. *suprà*, p. 507.

qui sans elle paraîtraient inconciliables? Mais nous avons démontré cela par des raisons auxquelles on n'a pas jugé à propos de répondre. Nous renvoyons donc à nos précédentes observations [1], en ajoutant seulement que la distinction, qui paraît à M. Brésillion si étrange et si inacceptable, a été nettement indiquée sur le point même qui nous occupe, dans l'ancien droit, par Ferrières, dont M. Ancelot remettait récemment la doctrine sous les yeux de nos lecteurs [2], et, dans notre droit actuel, par la Cour de Caen, qui en a fait la base même de l'un de ses récents arrêts [3], et par MM. Ancelot, Merville et Rouland, qui s'en autorisent et en tirent leurs arguments décisifs, M. Ancelot dans sa dissertation, MM. Merville et Rouland dans leurs réquisitoires [4].

46. Nous avons dit, encore en droit, que créancière de ses reprises vis-à-vis des autres créanciers de la communauté, la femme ne tient de la loi aucun droit de préférence autre que celui résultant de son hypothèque légale sur les biens de son mari, et que dès lors elle ne peut venir, sur les valeurs mobilières de la communauté, qu'à contribution avec les autres créanciers; qu'à cet égard l'article 1483 n'a entendu faire à la femme d'autre position vis-à-vis de la communauté que la position même qui a été faite par l'article 802 à l'héritier bénéficiaire vis-à-vis de la succession. M. Brésillion objecte qu'en cela nous ressuscitons l'article 83 du projet primitif du Code; que l'article 1483 du Code Napoléon est impossible à expliquer dans notre système, parce qu'il n'en est pas de la femme comme de l'héritier bénéficiaire auquel nous aurions cherché mal à propos à l'assimiler! A cela, que pouvons-nous répondre?

Nous ressuscitons l'article 83 du projet! Mais nous avons montré déjà que cet article du projet est encore tout vivant dans le texte du Code, et qu'il n'y a pas à le ressusciter [5].

Nous établissons entre la femme commune et l'héritier bénéficiaire une assimilation purement imaginaire! Mais voyons, remontons aux sources. Justinien, en établissant le bénéfice d'inventaire, qu'a-t-il dit? « Et si præfatam observationem inventarii faciendi solidaverint: hæreditatem sine periculo habeant.... *Ut*

[1] V. *Revue critique*, t. III, p. 447 et suiv.
[2] V. *Revue critique*, t. IX, p. 415 et 416.
[3] V. Caen, 15 mai 1856 (*J. Pal.*, 1856, 2, 343).
[4] V. *Revue pratique de droit français*, t. I, p. 145 et suiv.
[5] V. *suprà*, n° 39, p. 503.

in tantum hæreditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiæ ad eos devolutæ valeant..... » (L. 22 au C. de *Jure deliberandi*, § 4.) Est-ce que nous trouvons autre chose que la traduction en quelque sorte littérale de cette formule, soit dans le texte des anciennes coutumes, soit dans celui de l'article 1483 du Code Napoléon, lorsqu'ils nous disent que la femme « *n'est tenue des dettes de la communauté que jusqu'à concurrence de son émolument?* » Comment donc ne pas assimiler les deux situations? Aussi l'assimilation est faite par tous les auteurs, non-seulement par ceux qui ont écrit sous l'ancien droit, mais encore par ceux qui ont commenté notre Code. Merlin va même si loin dans cette voie qu'ayant à discuter une question relative au bénéfice d'inventaire dans les successions, il s'empare de l'article 1483 du Code Napoléon et y prend en quelque sorte la raison de décider. « Peut-on imaginer, dit-il, une analogie plus frappante que celle qui existe *entre le bénéfice d'inventaire accordé à la femme commune* et le privilége du bénéfice d'inventaire accordé à l'héritier? Par l'un, la femme commune évite l'inconvénient de s'obliger au delà de ce qu'elle retire de la communauté (art. 1483). Par l'autre, l'héritier évite l'inconvénient de *s'obliger* au delà de ce qu'il retire de la succession (art. 802). — Par l'un, la femme commune s'acquitte envers les créanciers de la communauté en leur rendant compte du contenu de l'inventaire et de ce qui lui est échu par le partage (art. 1483). Par l'autre, l'héritier s'acquitte envers les créanciers de la succession en leur abandonnant les biens qu'il a recueillis et en leur rendant compte de tout ce qu'il a retiré » (art. 802, 806)[1]. Merlin poursuit ce parallèle entre les deux situations et aboutit à une assimilation que personne, à l'exception de M. Brésillion, n'avait contestée jusqu'ici, et qui n'est pas contestable, en effet, sauf une différence dont M. Brésillion ne songera pas assurément à se prévaloir, puisqu'elle est toute en faveur de l'héritier bénéficiaire, celui-ci n'étant jamais tenu *personnellement* des dettes du défunt, tandis que la femme est obligée *personnellement* jusqu'à concurrence de ce qu'elle amende dans la communauté.

Ceci dit, on comprend que nous n'éprouvons aucun embarras en présence de cet article 1483 prétendu inexplicable dans notre

[1] V. *Répert.*, v° *Bénefice d'inventaire*, n° 25 (additions, p. 101).

système. Justinien, dans la loi *Scimus* dont nous parlions tout à l'heure, posait au § 9, moins comme un principe nouveau que comme une conséquence du § 1 de la même loi, cette règle que l'héritier bénéficiaire conserverait le droit de réclamer ses propres créances contre la succession. Et, en effet, l'héritier qui, par l'effet de son acceptation, aurait perdu le droit de se faire payer sur la masse héréditaire comme les autres créanciers, se serait trouvé, par le fait, tenu au delà de son émolument, puisque son patrimoine aurait été diminué du dividende que l'héritier aurait eu le droit de toucher avant son acceptation.

C'est là précisément le point que l'article 1483 du Code Napoléon a entendu régler et qu'il a réglé de la même manière. Il s'en induit que la femme, pour n'être pas tenue au delà de son émolument, ne doit pas perdre le droit qu'elle a de faire valoir ses reprises contre la communauté. Si elle a conservé ce droit par les moyens que la loi lui indique à cet effet, il est entre ses mains, ce qu'est le droit de l'héritier bénéficiaire, un droit pur et simple et sans aucun privilége ni cause de préférence résultant de l'acceptation.

Et cela montre mieux encore la vérité de cette distinction que nous avons établie relativement à la qualité de la femme, de ce droit qui lui appartient d'exciper à son gré soit de sa qualité de propriétaire, soit de sa qualité de créancière. Propriétaire et nantie d'un droit de prélèvement préférable à celui du mari vis-à-vis de celui-ci, elle peut le conserver encore vis-à-vis des créanciers. Mais si les créanciers exigent d'elle ce que tout créancier a le droit de demander à son débiteur, s'ils exigent d'elle leur payement, elle peut, selon l'expression de Merlin, leur opposer le *bénéfice d'inventaire* résultant de l'article 1483 : et alors, si les créanciers sont présents au partage, elle restera créancière de ses reprises en rendant compte des biens qu'elle a recueillis; et, si les créanciers ne viennent qu'après le partage, elle retiendra ces reprises parce que c'est un payement qu'elle se sera fait à elle-même[1].

47. Enfin, en entrant dans le domaine du fait, nous avons dit que ce droit de préférence qu'on accorde à la femme, s'il

[1] V. les développements que nous donnons sur ce dernier point dans la *Revue critique*, t. VI, p. 398.

vient à prévaloir définitivement, sera pour elle un présent funeste, en ce que les tiers avertis ne manqueront pas d'exiger de la femme qu'elle *parle au contrat*, ce qui la forcera de livrer sa fortune, sans réserve, aux chances des opérations faites par le mari et d'intervenir, non pas seulement dans les prêts hypothécaires, mais encore dans toute espèce d'obligation, même dans les obligations chirographaires. M. Brésillion ne s'effraye pas de cela : il trouve, quant aux négociants d'abord, qu'ils sont désintéressés par la loi et par la jurisprudence qui, plaçant la femme des commerçants dans une position exceptionnelle, ne la considèrent que comme créancière de ses reprises; et quant aux non-commerçants, que le mal signalé porte avec lui son remède, en ce que la femme sollicitée d'intervenir pourra, par sa résistance, arrêter une opération désastreuse.— A la bonne heure! Mais que M. Brésillion quitte pour un instant les hauteurs de ce système purement théorique qu'il a imaginé, qu'il descende aux réalités de la vie, qu'il ne craigne pas de se commettre sur ce terrain de la pratique où le jurisconsulte trouve tant et de si utiles enseignements, qu'il prenne l'avis de ceux qui ont eu à gérer des affaires, à consentir ou solliciter des prêts depuis l'inauguration de la jurisprudence dont il se porte le défenseur, et peut-être reconnaîtra-t-il que tout n'est pas pour le mieux dans cette jurisprudence et que l'appréciation qu'il en fait, sous ce rapport, pêche par beaucoup d'optimisme.

Dans le commerce d'abord, on fait peu de fonds sur l'exception imaginée par la jurisprudence, et qui, en effet, n'est pas le moins du monde fondée[1]. On procède donc comme si la jurisprudence devait, en se ravisant, faire peser sur les créanciers d'un commerçant les rigueurs qu'on suppose établies par le droit commun. Et nous ne saurions dire combien de négociants ont été placés dans la nécessité d'opter entre l'engagement personnel de leur femme ou la faillite immédiate! Et puis, le négociant se résigne-t-il à la faillite, l'alternative se reproduit encore à l'heure du concordat : ce concordat, il est le prix de l'engagement personnel de la femme; car les créanciers ne seraient pas sûrs, s'ils n'obtenaient pas sa signature, de ne pas rencontrer en elle un adversaire par lequel ils seraient primés. Voilà la réalité.

[1] V. notre deuxième dissertation dans la *Revue critique*, t. IV, p. 564 et suiv.

Hors du commerce, la situation est bien telle que nous l'avons indiquée [1] : c'est la perte absolue de tout crédit pour le mari, s'il ne marche constamment appuyé du concours de sa femme; et le discrédit sera d'autant plus assuré que celle-ci sera plus riche, puisque les reprises de la femme seront présumées alors devoir être plus considérables. Et qu'on ne parle pas de ce prétendu contre-poids qu'on espère trouver dans la résistance ou dans les conseils de la femme. Un peu d'expérience dissiperait de telles illusions. Y a-t-il beaucoup de femmes dont l'esprit soit assez fort pour qu'on espère d'elles qu'elles résisteront jusqu'au bout, et refuseront leur signature pour une opération, pour une entreprise dont on leur parlera incessamment et qu'on montrera à leurs yeux comme le moyen assuré de satisfaire ce désir, trop répandu peut-être, d'arriver rapidement à la fortune? Il en existe, nous le voulons bien; mais c'est l'exception, et il reste vrai de dire qu'en général la jurisprudence que nous avons combattue aura le résultat funeste que là où la fortune du mari seul aurait été compromise, celle de la femme devra nécessairement être engagée en même temps, en sorte que toutes les ressources de la famille seront exposées à périr dans un naufrage commun.

48. Il nous sera donc permis d'exprimer une fois de plus l'espoir que la Cour de cassation ne persistera pas dans sa première jurisprudence. Et si M. Brésillion voulait nous le pardonner, nous dirions que sa dissertation ajoute encore aux raisons que nous avons d'espérer.

Ce n'est pas assurément que nous mettions en doute le mérite et l'habileté de ce travail; bien loin de là. Mais il introduit dans le débat et donne au droit de préférence prétendu par la femme un système de plus; et nous trouvons que la prétention était déjà trop riche en systèmes. Comptons.

Et d'abord, M. le premier président Troplong a dit que la femme est *créancière* de ses reprises, et que néanmoins elle a, pour les exercer, un droit de préférence vis-à-vis des créanciers de la communauté.

Ensuite, la Cour de cassation a jugé que la femme est *propriétaire*, et que son droit de préférence procède de l'idée de propriété.

[1] V. *Revue critique*, t. III, p. 439 et suiv.

Puis MM. Caquot, Vavasseur et Bouré ont produit leur théorie de la masse indivise pour dire que le droit de la femme procède de cette subrogation virtuelle qui, même pendant le cours de la communauté, fait acquérir à la femme, dont les propres sont transformés par l'administration du mari, un droit de propriété frappant sur la masse et correspondant à la valeur des propres transformés.

A leur tour, d'autres, comme MM. Mennesson et Jousselin, sont venus qui ont soutenu autre chose encore.

Après eux, M. Seligman a produit sa théorie sur la confusion.

Enfin, voici M. Brésillion, pour qui la femme reste créancière de ses reprises tant que dure la communauté, et devient propriétaire, à la dissolution, en vertu d'un remploi légal [1].

Toutes ces théories convergent sans doute vers un résultat commun, le droit de préférence et d'exclusion de la femme sur les valeurs mobilières de la communauté; mais il s'en faut qu'elles s'accordent entre elles sur les moyens de définir ce droit, et même sur son étendue.

Ainsi pour les uns ce droit, incontestable dans le cas d'acceptation par la femme à la communauté, n'existe pas au cas de renonciation, tandis que, pour les autres, le droit doit être accordé à la femme renonçante et à la femme acceptante, et plutôt même à la première qu'à la seconde, en ce quelle répudie, par sa renonciation, la responsabilité de la gestion maritale à laquelle celle-ci s'associe, au contraire, par son acceptation!

Ainsi encore, tandis que ceux-ci placent le droit de la femme acceptante sous la protection de l'article 1483, ajoutant que si

[1] Nous mettons à l'écart la *Très-humble supplique d'un paysan champenois qui ne veut pas que sa fille paye les dettes de défunt son mari*. Il n'y a pas là de système qu'on puisse résumer; c'est un petit pamphlet dont le côté le plus plaisant n'est pas même celui qu'on pense. Mais un paysan de la Champagne ou d'ailleurs n'est pas tenu de savoir ce qui est de l'essence de la communauté légale ou de tel autre système d'association conjugale. On peut l'avertir seulement que si par aventure sa fille, mariée en communauté, venait à payer les dettes de défunt son mari, il en devrait faire reproche non pas précisément à ce régime de la communauté, mais à ce notaire qu'il met constamment en scène, et qui aurait eu le tort de ne pas lui dire qu'à côté du régime de la communauté il y a, dans la loi, un autre régime et certains tempéraments qu'il était libre d'adopter, et qui auraient assuré à sa fille la conservation des *dix mille bons écus* qu'il lui avait constitués.

les articles 1470 et suivants étaient seuls, la femme ne pourrait se défendre contre les créanciers de la communauté et devrait succomber, ceux-là affirment, au contraire, que cet article 1470, à l'exclusion de tous autres, crée et consacre en principe le droit de préférence de la femme acceptante !

La vérité ne comporte pas assurément de telles divergences! Et quand il arrive que ceux qui se lèvent en faveur d'une même thèse se mettent si peu d'accord sur les moyens de la soutenir, on peut le dire en toute assurance, la vérité qu'ils annoncent n'est pas la vraie vérité !

§ 2. — De la nature du droit appartenant à la femme renonçante, et particulièrement dans le cas *de stipulation de reprise d'apports francs et quittes.*

49. Dans tout ce qui précède, nous nous sommes attaché particulièrement au cas d'acceptation de la communauté par la femme. Mais, nous l'avons dit, la théorie de M. Brésillion est faite pour le cas de renonciation aussi bien que pour celui d'acceptation. Dans l'une et dans l'autre hypothèses, selon M. Brésillion, la loi vient, à la dissolution de la communauté, opérer la décomposition de cette masse de biens qui étaient confondus pendant la durée de la société conjugale; dans l'une et dans l'autre, les propres de la femme trouvent leur garantie dans ce *remploi légal* qui agit de la même manière : il n'y a de différence que quant au fait même du partage. Ainsi, M. Brésillion nous disait tout à l'heure, pour la femme acceptante, que, par son acceptation, elle acquiert deux droits distincts, d'abord un droit exclusif jusqu'à concurrence de ses prélèvements, et ensuite un droit de partage pour le surplus; il nous dira maintenant, pour la femme renonçante, qu'elle a aussi le premier de ces droits et qu'elle perd seulement le second; en d'autres termes que, grâce au *remploi légal* qui s'est opéré à la dissolution de la communauté, ce que la femme abandonne, par sa renonciation, ce ne sont pas ses propres, mais seulement sa part de ce qui, les propres repris, aurait été à partager si la renonciation n'avait pas exclu la possibilité d'un partage.

Nous ne reprochons pas assurément à M. Brésillion de placer ainsi le cas d'acceptation et le cas de renonciation sous une règle commune; car nous sommes de ceux qui ne voient aucune raison de distinguer entre les deux cas, et qui ne con-

çoivent pas pourquoi, si en effet la femme peut avoir un droit supérieur à celui des créanciers de la communauté, ce droit ne serait pas indistinctement accordé et à la femme acceptante pour ses prélèvements et à la femme renonçante pour ses reprises. Ce que nous contestons à M. Brésillion, c'est la donnée même de son système, sa théorie du remploi légal, de la subrogation virtuelle. Voilà pourquoi, après avoir montré, en parlant du cas d'acceptation de la communauté par la femme, combien ce système est en dehors des règles élémentaires en matière de communauté, nous n'avons pas à y revenir à propos du cas de renonciation, si ce n'est pour dire que puisqu'il y agit de la même manière, il doit être écarté par les mêmes considérations.

Mais la renonciation combinée avec certaines clauses modificatives des règles propres à la communauté, a donné naissance à l'un de ces systèmes particuliers que nous nous sommes proposé d'examiner. On pressent que nous voulons parler de cette clause si fréquente dans les contrats de mariage, et par laquelle la femme modifiant en sa faveur, et souvent en faveur aussi de ses héritiers, les effets de la communauté légale, stipule qu'en cas de renonciation, elle ou ses héritiers auront droit de reprendre ses apports francs et quittes des dettes et charges de la communauté.

Cette clause a-t-elle, par rapport à la question qui nous occupe, une telle influence que la femme qui l'a stipulée y trouve le droit de préférence que ne comporte pas la renonciation faite dans les termes du droit commun? Il existe, dans la jurisprudence, des précédents, en assez grand nombre déjà, dans lesquels la question a reçu une solution affirmative. L'une des dernières décisions qui consacrent cette solution émane de la Cour de Paris (arrêt du 23 août 1855), de la chambre même qui, quelques jours auparavant, lors de l'arrêt solennel du 4 août 1855 auquel elle avait concouru, avait pensé que la femme est, au moins quand elle renonce à la communauté, créancière de ses reprises, créancière sans aucun privilége ni droit de préférence, et qui quelques mois plus tard, le 23 février 1856, jugeait, en thèse générale et absolue, que la femme, soit qu'elle accepte la communauté, soit qu'elle y renonce, ne vient, pour ses reprises, que par contribution avec les autres créanciers sur les valeurs mobilières de la communauté. Et si

nous relevons cette circonstance que les décisions émanent de la même Cour et de la même chambre de cette Cour, ce n'est pas pour dire que cette chambre s'est mise en opposition avec elle-même, et qu'à quelques mois de distance elle s'est contredite. Non! ce qu'elle a pensé lors de l'arrêt solennel du 4 août 1855, ce qu'elle a pensé six ou sept mois plus tard, le 23 février 1856, elle le pensait encore dans le temps intermédiaire; et si pourtant elle a, par l'arrêt du 23 août 1855, consacré le droit de préférence en faveur de la femme, c'est que, dans cette circonstance, elle s'est trouvée en présence d'une stipulation de reprises d'apports francs et quittes en cas de renonciation, et que la clause lui est apparue comme impliquant le droit de préférence par une sorte de dérogation aux principes généraux.

Mais il faut le dire aussi, rien moins que ce système, accueilli par la Cour de Paris après tant d'autres Cours et après la Cour de cassation elle-même, n'est dans les conditions et dans l'esprit de la clause appréciée. Essayons d'établir cela, et montrons comment, encore sur cet incident de la question principale, les théorie modernes méconnaissent les principes de la communauté conjugale, mettent en question des points que les fondateurs même de ce régime tenaient pour élémentaires, et tendent à obscurcir par des controverses soulevées comme à plaisir même les parties les mieux arrêtées, les plus précises et les plus nettes de ce régime.

50. Tant s'en faut que la clause dont il s'agit soit exceptionnelle dans les contrats de mariage et qu'elle soit d'invention nouvelle; nous la tenons de notre ancien droit, et elle est entrée si avant dans l'usage, notamment à Paris, qu'on peut la considérer comme de style pour les contrats de mariage stipulant la communauté ou une société d'acquêts.

Il faut tout d'abord en indiquer les termes; l'interprétation y gagnera d'être moins exposée à s'égarer.

Voici, en consultant la pratique, non pas seulement celle de nos jours, mais encore celle qui remonte au temps de Ferrières, comment la clause est habituellement conçue : « En renonçant » à la communauté, la future épouse, ses héritiers ou ayants » cause reprendront son apport en mariage, sa mise en commu- » nauté (s'il en a été fait), ainsi que tout ce qui lui adviendra » tant en meubles qu'immeubles, par succession, donation ou

» legs, le tout franc et quitte des dettes de la communauté. » Telle est la première partie de la stipulation; et jusque-là, la rédaction des contrats de mariage ne présente pas de dissemblances. Puis vient la partie complémentaire de la clause, et ici on peut relever quelques différences; toutefois elles sont dans la forme, nullement dans la pensée. Dans un grand nombre de contrats, la clause est complétée en ces termes : « Et si » la future épouse s'y était obligée (aux dettes de la commu- » nauté) ou y avait été condamnée, elle en serait garantie et in- » demnisée, ainsi que ses héritiers et ayants cause, par le futur » époux et sur ses biens. » Dans d'autres, la même pensée est exprimée ainsi : « ..... *Encore* que la future épouse s'y soit obli- » gée ou y ait été condamnée, *auquel cas* elle en sera garan- » tie, etc. » Dans d'autres enfin, l'idée est rendue en ces termes : « ..... *Lors même* que la future épouse s'y serait obligée ou y » aurait été condamnée, et *dans tous les cas*, elle en sera ga- » rantie, etc..... » Voilà la formule, avec ses variantes; encore une fois, elle n'est pas nouvelle. Ferrières lui-même l'a donnée[1]; les livres modernes de pratique la lui empruntent et la reproduisent[2]; et les praticiens s'y tiennent systématiquement.

Et maintenant quels peuvent être les effets de la clause?

Quant aux effets de la clause par rapport *aux objets tombés dans la communauté du chef de la femme*, à peine est-il nécessaire de s'y arrêter : il y a quelques dissentiments dans les détails; mais sur le résultat, point de difficulté. Ainsi on admet que soit vis-à-vis du mari, *soit vis-à-vis des tiers envers lesquels la femme n'est pas obligée*, cette dernière, en renonçant, a par l'effet de la clause, ou peut avoir à la fois un droit de propriété et un droit de créance : un droit de propriété eu égard aux choses en nature, s'il en existe encore au moment de la renonciation; un simple droit de créance, sans autre garantie que celle résultant de l'hypothèque légale, pour tout ce qu'elle a mis en communauté et qu'elle ne retrouve pas *in specie*. Il n'y a de désaccord là-dessus qu'en ce qui touche le premier de ces deux droits, quelques auteurs, et parmi eux Pothier, estimant que, même à l'égard des choses retrouvées en nature, la femme

[1] V. *Science des notaires*, t. I, p. 293.

[2] V. Massé, *Parfait notaire*, t. III, p. 179; — *Dict. des not.*, v° *Contr. de mariage*. — Massé et Lherbette, *Style du not.*, t. VIII, p. 268. — Ed. Clerc, 1re part., p. 366.

a, non point un droit de propriété, mais une créance, et que seulement pour ces choses qui se trouvent ainsi en nature, la créance est garantie par un privilége à la faveur duquel la femme peut se faire payer par préférence sur le prix desdites choses. — Que si la femme est en présence de créanciers *envers lesquels elle s'est obligée*, ses droits sont les mêmes, sauf l'application de l'article 1166 du Code Napoléon, en vertu duquel les créanciers viendront prendre ce que leur débitrice aura retiré de la communauté. Tels sont les effets de la clause par rapport aux choses que la femme a mises dans la communauté; ils sont incontestables, et nous ne sachions pas qu'ils aient été contestés jusqu'ici.

Mais le doute, ou plutôt la méprise se produit à propos des effets de la clause relativement *aux propres que la femme s'était réservés*. La jurisprudence se divise en ce point, et les solutions en sont diverses, suivant qu'elle est placée dans l'une ou l'autre des deux hypothèses qui peuvent se présenter : celle où le droit de la femme est en conflit avec le droit des créanciers de la communauté vis-à-vis desquels elle n'est pas obligée, et celle où le débat s'élève entre la femme et des créanciers qui ont reçu son obligation. Attachons-nous d'abord à la première hypothèse; aussi bien c'est à l'occasion de celle-ci que les effets de la clause, telle qu'elle est constatée dans la formule ci-dessus reproduite, ont été plus spécialement débattus.

51. Nous rencontrons ici la théorie que nous avons rappelée tout à l'heure, cette théorie suivant laquelle la clause devrait être considérée comme l'équivalent de la stipulation par la femme d'un droit de préférence en sa faveur, théorie profondément inexacte, quelque nombreux que soient les précédents dont elle s'autorise [1], et à laquelle nous opposons comme seule vraie, comme seule conforme aux principes de la matière, cette autre idée, consacrée aussi par nombre de décisions judiciaires [2], qu'il en est de cette clause, en ce qui concerne les propres, exactement comme des articles 1498 et 1503 du Code Napoléon; qu'inspirée par ces articles qu'elle met en action, elle ne crée pas plus qu'eux, en faveur de la femme, un droit, une

[1] V., outre l'arrêt de Paris du 23 août 1855, ceux de Besançon, 20 décembre 1853; d'Amiens, 9 janvier 1855; de Metz, 14 juin 1855; et de la Cour de cassation, 11 avril 1854.

[2] Les plus récentes émanent des Cours d'Amiens, 8 mai 1851; de Dijon, 3 avril 1855; de Lyon, 25 juillet 1856.

prérogative quelconque vis-à-vis des créanciers de la communauté.

Cette idée, à nos yeux, la seule conforme aux principes, est celle qui dominait sans partage dans notre ancien droit. Demandez, par exemple, à Duplessis, à l'un des auteurs que par nous ne savons quelle inadvertance on a cité comme favorable, en thèse générale, au droit de préférence attribué à la femme, demandez-lui quelle est la portée de notre clause de reprise d'apport; voici ce qu'il répond : « Pour la partie de la dot mobilière qu'on laisse entrer dans la communauté, qui s'y confond naturellement, sans que la femme la puisse reprendre quand elle accepte, on stipule ordinairement qu'en cas qu'elle renonce elle la pourra reprendre aussi bien que la somme stipulée propre, sans laquelle stipulation elle ne pourrait reprendre que la somme stipulée propre, et non point cette autre partie entrée en communauté, quoiqu'elle y renonçât. Cette clause se conçoit en cette forme : *Sera permis à la future épouse de renoncer à la communauté, et ce faisant, reprendre franchement et quittement tout ce qu'elle y aura apporté.* Ces mots *franchement* et *quittement* veulent dire que pour cette reprise la femme ne doit rien des dettes de la communauté, ni à l'égard des créanciers, si ce n'est que la femme y eût parlé; pour telle reprise, elle a son hypothèque du jour du contrat de mariage, *mais, sur les meubles, elle n'a que contribution*[1]..... »

Est-ce tout? Non. La stipulation telle qu'elle est prévue par Duplessis n'est pas complète, car elle ne dit pas, comme elle l'a dit depuis et comme elle le dit encore aujourd'hui, que la reprise se fera franchement et quittement, *alors même que la femme se serait obligée.* Mais d'autres ajoutent ce complément à la clause, et disent en même temps comment et en quel sens la reprise est faite franchement et quittement même en ce cas. Ainsi Ferrières, après avoir transcrit la clause dans les termes que notre pratique moderne lui a empruntés, ajoute : « A la fin de cette clause, il y a une *stipulation d'indemnité en faveur de la femme et de ses enfants,* parce que la stipulation qui porte que la femme, en renonçant à la communauté, reprendra franchement et quittement tout ce qu'elle y a apporté, etc., sans même être

[1] V. Duplessis, *Traité de la comm. de biens*, liv. II, ch. 1, sect. 2, t. I, p. 427, 428.

tenue des dettes de la communauté auxquelles elle aurait parlé, *n'a d'effet qu'à l'égard de son mari ou de ses héritiers, mais elle ne préjudicie en rien aux créanciers. Ainsi ils la peuvent poursuivre, sauf son recours pour son indemnité sur les biens de son mari*[1]. » Ainsi, la clause est étrangère aux tiers; la femme est indemne alors même qu'elle s'est obligée, en ce sens qu'elle doit être garantie sur les biens de son mari, par conséquent sur les biens de la communauté aussi, puisque, par l'effet de la renonciation, ils deviennent la propriété du mari; mais le droit de la femme se résume en une créance qui ne peut, en aucune manière, préjudicier aux droits des autres créanciers.

Tous les auteurs parlent de la clause dans les mêmes termes; pas un ne suppose qu'elle puisse avoir une signification quelconque pour d'autres que pour les époux entre eux; pas un n'a songé à en faire sortir en faveur de la femme autre chose qu'une simple créance contre la communauté qu'elle a répudiée : c'est l'avis de Renusson, de Bourjon, de Pothier, d'Argou, d'Auroux des Pommiers[2]; ces idées, en un mot, sont tellement répandues, si certaines dans l'ancien droit, si incontestées, que Delaurière, annotant les développements de Duplessis, annonce qu'il n'a pas voulu retrancher ceux qui concernent les droits des créanciers de la communauté vis-à-vis de la femme, parce qu'il « n'a pas cru devoir en priver ceux qui commencent l'étude de la coutume[3]. »

Quelle apparence y a-t-il, nous le demandons, que cette même clause, en passant dans nos habitudes modernes, y ait pris une signification toute différente? que ce qui, dans les anciens principes, impliquait une simple garantie que la femme se réservait vis-à-vis de son mari, soit devenu, sous les principes du Code, un droit de préférence qu'elle stipulerait à l'encontre des créanciers de la communauté? De telles transformations ne se supposent pas évidemment. Il faudrait, pour en admettre l'existence, que le législateur s'en fût nettement expliqué, ou tout au moins qu'il y eût soit dans la loi, soit dans

[1] V. Ferrières, *Science des notaires*, t. I, p. 293.

[2] Renusson, *Traité du prop.*, ch. 4, sect. 9, n° 31. — Bourjon, *De la comm.*, 5e part., ch. 2, sect. 1, nos 2, 17. — Pothier, *De la comm.*, nos 379, 407. — Argou, liv. III, ch. 6. — Auroux des Pommiers, art. 248 de la Cout. du Bourbonnais, nos 16 et 17.

[3] Delaurière sur Duplessis, t. I, p. 415, à la note.

la clause elle-même, quelqu'une de ces indications positives qui, en rendant impossible ou incohérente l'interprétation ancienne, témoignent sans aucune équivoque de la pensée d'innover.

Or avons-nous quelque chose de tout ceci? Rien.

Dans la discussion de la loi, et notamment de l'article 1514, qui consacre en faveur de la femme la faculté de stipuler la reprise de son apport franc et quitte en cas de renonciation, pas un mot qui annonce la pensée de faire de cette clause autre chose que ce que l'ancienne jurisprudence en avait fait.

Dans le texte même de l'article, pas une expression qui vienne contredire l'interprétation invariablement admise par nos anciens auteurs sur le point qui nous occupe.

Dans la formule de la clause, moins encore évidemment, puisque cette formule a son type dans celle que Ferrières a donnée, et que nos praticiens modernes ont acceptée sans restriction ni réserve.

Nous sommes donc, sous tous les rapports aujourd'hui, dans les conditions mêmes où l'on se trouvait dans le passé, en sorte que, sur ce point particulier du régime de la communauté, on pourrait s'en tenir à dire, comme sur tant d'autres, que la tradition est toute-puissante et qu'il n'y a aucun motif raisonnable de s'écarter de la solution qu'elle a consacrée.

Insistons toutefois : aussi bien, dans l'état actuel de la jurisprudence, il importe de montrer, autrement que par voie d'aperçu général, que cette solution reste encore la vérité. Analysons donc notre clause de reprise d'apports francs et quittes au point de vue des deux stipulations particulières par lesquelles la communauté légale est le plus fréquemment modifiée.

Ces deux stipulations sont celles de communauté réduite aux acquêts (art. 1498 C. Nap.), et d'exclusion du mobilier en tout ou en partie (art. 1500). Dans les contrats ainsi formés, on a coutume de dire que « l'apport en mariage (déduction faite de la mise en communauté), et tout ce qui écherra aux époux tant en meubles qu'immeubles par succession, donation ou autrement, restera propre à chacun d'eux; » ce qui n'est guère qu'une explication des dispositions formulées par le Code lui-même.

Reportons-nous maintenant à la dissolution d'une commu-

nauté modifiée par l'une de ces deux clauses, les plus fréquentes de toutes, celles qui se produisent habituellement, et remettons-nous en présence de la convention de reprise d'apports francs et quittes. Deux choses apparaissent nettement par la formule employée pour exprimer cette convention : l'une, qui est l'assimilation de la mise en communauté aux propres réservés, en ce sens que la femme a le droit de reprendre même cette mise en communauté ; l'autre, qui est une conséquence déduite des principes du Code, en ce sens que mise en communauté et propres réservés étant gouvernés par les mêmes règles, si la femme renonce, le droit de celle-ci ne forme plus qu'un tout, abstraction faite des dettes de la communauté ; c'est-à-dire que la femme, si, par exemple, elle a mis 10,000 francs en communauté, et si en même temps elle a 10,000 francs de reprises provenant de ses propres, sera créancière de 20,000 francs, quelque importantes que soient les dettes de la communauté. Voilà tout ce qui s'induit de la clause; mais assurément il ne s'en induit en aucune façon que la réunion sous une règle commune, par l'effet de la renonciation, et des propres réservés et de la mise en communauté, confère à la femme un droit supérieur, un droit différent par sa nature.

A la vérité, la formule dit encore que les reprises seront franches et quittes, même si la femme est obligée ; et la jurisprudence de demander à quoi bon cette addition, si ce n'est pour dire que les créanciers de la communauté ne pourront, quoi qu'il arrive, faire obstacle à ce que la femme exerce, avant tout, son droit de reprise dans son intégralité. Mais nous connaissons le motif de cette mention additionnelle et complémentaire ; Ferrières nous l'a donné tout à l'heure : il faut s'y tenir, bien que la mention ne présente pas aujourd'hui toute l'utilité qu'elle avait autrefois.

C'était, en effet, sous l'ancienne jurisprudence, une question douteuse de savoir si la femme, qui avait stipulé son apport franc et quitte, ne devait pas cependant contribuer pour moitié aux dettes qu'elle avait souscrites solidairement avec son mari. Leprêtre estimait qu'en ce cas la femme n'avait recours que pour moitié sur la communauté, et que, *pour l'avoir pour le tout, le plus sûr était de le stipuler*[1]. Cette opinion n'était pas suivie, sans

[1] V. Leprêtre, cent. 2, ch. 86.

doute [1]; toutefois, la question n'en était pas moins discutée, et Lebrun même invoquait « les arrêts rapportés par Louet, lettre F, ch. 17 [2]. » La mention dont nous parlons avait alors cela d'utile qu'elle coupait court à toute controverse.

Il y avait moins d'intérêt, incontestablement, à la reproduire aujourd'hui. Mais les notaires l'ont trouvée dans la formule telle qu'elle avait été suivie par l'ancienne pratique, et ils l'ont maintenue. En cela, ils ont suivi le conseil de Ferrières, et se sont épargné le reproche qu'il faisait, précisément à l'occasion de la clause de franc et quitte, aux notaires de son temps, qui « croient, disait-il, que pour passer pour plus habiles que les autres, ils doivent se servir d'expressions nouvelles et corriger les plus communes et les plus ordinaires, et qui ne sont point susceptibles de doutes et de difficultez [3]. » Et, en vérité, les solutions qu'on a toute raison de croire le mieux assises sont tellement exposées, en cette matière, à être soudainement renversées, que la pratique moderne est bien excusable de ce qu'avertie par l'expérience du passé, elle a maintenu dans la formule une mention que la prudence des anciens y avait introduite en vue d'éviter une équivoque. Le tort unique serait de se méprendre sur la portée de cette mention; car l'objet en est limité, il est déterminé d'une manière précise par l'expression même : puisque, dire que « *si la femme est obligée....* ou *encore que la femme soit obligée*, dans ce cas ou *dans tous les cas*, c'est-à-dire obligée ou non obligée, *elle sera indemnisée par le mari*, » c'est manifestement indiquer que ce dont on se préoccupe, c'est l'objection de Leprêtre, et que la pensée qu'on poursuit c'est de répondre à cette objection et de l'écarter par une réserve expresse en faveur de la femme de son recours sur les biens du mari.

On le voit donc, la clause de franc et quitte, à quelque point de vue qu'on l'envisage, ne contient, dans aucun des éléments dont est composée la formule qui en constate la stipulation, ce que la jurisprudence tend à en faire sortir, c'est-à-dire un privilége, un droit de préférence en faveur de la femme même vis-à-vis des créanciers envers lesquels elle n'est pas obligée. Ce

[1] V. Bourjon, *Droit commun, De la comm.*, part. VII, ch. 2, sect. 6, n°s 87 et suiv.

[2] V. Lebrun, *De la comm.*, liv. II, ch. 3, sect. 1, n° 2.

[3] V. Ferrières, *Cout. de Paris*, art. 237, glose 1, § 2, n° 9.

privilége, ce droit de préférence, n'est pas évidemment dans la pensée à laquelle répond la convention.

Et ajoutons, comme raison décisive, que ce privilége, ce droit de préférence, fût-il même dans la clause, il n'en faudrait pas tenir compte, parce que la clause, à ce point de vue, serait entachée d'une nullité radicale. Le privilége, en effet, procède de la loi; il ne saurait jamais procéder de la convention, de la volonté des parties. C'est en cela que la jurisprudence s'est méprise lorsqu'elle a pensé que la femme renonçante qui, en vertu de son contrat de mariage, a le droit de reprendre ses propres et ses apports francs et quittes, est de condition meilleure que la femme renonçante dans les termes du droit commun. Les reprises de celle-ci ne sont pas privilégiées, car il n'y a pas de texte qui consacre ce privilége; celles de l'autre ne peuvent pas être privilégiées davantage, puisqu'en matière de privilége, la volonté des parties est impuissante et que la convention ne peut pas suppléer à la loi.

52. Ce dernier aspect de la question nous conduit à la seconde hypothèse, celle où le droit de la femme se trouve en conflit avec le droit *des créanciers envers lesquels elle s'est obligée*. La question de préférence s'est également posée dans ce cas; mais il faut le dire, elle s'est posée dans des espèces où la clause de reprise d'apports francs et quittes était stipulée en des termes différents de ceux que nous avons appréciés à l'occasion de la première hypothèse. Ici nous rencontrons la stipulation d'une manière plus ou moins nette de ce droit de préférence, de ce privilége qui, nous venons de le dire, ne saurait être utilement stipulé. Tantôt la femme s'est réservée la faculté de remporter ses apports *par privilége et préférence à tous créanciers de la communauté*[1]; tantôt elle a dit qu'elle pourrait prélever son apport franc et quitte, *même vis-à-vis des créanciers envers lesquels elle se serait obligée*[2]; dans d'autres circonstances, elle a fait sa réserve sans distinguer en aucune manière le cas de renonciation à la communauté du cas d'acceptation, etc.[3] Mais les arrêts intervenus ont tourné la difficulté,

[1] V. Rej. 7 février 1855 (Devill., 55, 1, 580).

[2] V. Caen, 16 juillet 1824, 3 juillet 1838, 11 juillet 1840, 4 juin 1844 (*Rec. des arrêts de Caen*, t. II, p. 244; t. XII, p. 559, 561).

[3] V. Caen, 10 novembre et 7 décembre 1852 (*ibid.*, t. XVII, p. 33).

et, au lieu de dire que la convention crée un privilége, ce qui légalement ne peut pas être, ils ont dit que la convention manifeste, de la part des parties, l'intention de stipuler un régime dotal partiel, d'établir ou d'adopter ce régime quant aux propres de la femme, bien que les parties aient déclaré en termes généraux, dans leur contrat de mariage, qu'elles se mariaient sous le régime de la communauté réduite aux acquêts.

Tel est le cas dans lequel se produit l'arrêt du 16 avril 1856[1] que nous avons signalé en tête de notre examen doctrinal[2].

Dans l'espèce, le contrat de mariage, tout en stipulant la communauté d'acquêts entre les époux, exprimait, sans aucune distinction entre le cas d'acceptation et celui de répudiation de la communauté, « que la future épouse ou ses héritiers auraient la faculté de reprendre, *en exemption de toutes dettes et charges*, la généralité des valeurs provenues de son chef, *quand même elle se serait obligée ou aurait été condamnée solidairement avec son mari.* » Et la Chambre des requêtes, admettant en principe que les époux peuvent, en se mariant sous le régime de la communauté, se soumettre en même temps au régime dotal sous certains rapports, voit, dans la convention ainsi formulée la stipulation du régime dotal partiel; elle déclare, en conséquence, par son arrêt du 16 avril 1856, que la clause a eu pour but d'affranchir les apports de la femme de ses propres obligations, et que la stipulation étant claire, les tiers qui ont traité avec la femme ont dû connaître le droit à elle réservé de reprendre ses apports affranchis même des engagements qu'elle aurait pris envers eux.

Même dans ces termes, l'interprétation de l'arrêt peut être critiquée. Car, enfin, il y avait, dans l'espèce, une convention générale dont il n'était pas permis de faire abstraction : c'était la convention qui établissait, entre les époux, une communauté réduite aux acquêts. En principe, l'association conjugale ainsi constituée donne à la femme, soit qu'elle accepte la communauté, soit qu'elle y renonce, le droit de se poser en face de son mari pour exiger de lui qu'il rende l'apport franc et quitte des dettes, même de celles auxquelles elle est person-

[1] Req. 16 avril 1856 (Devill., 56, 1, 411; — Dalloz, 56, 1, 298).
[2] *Suprà*, p. 99.

nellement obligée : ce droit résulte, pour le cas d'acceptation de la communauté, de l'article 1431 combiné avec l'article 1483, et, pour le cas de renonciation, du même article combiné avec l'article 1494. Il est permis de penser que la convention ne disait rien de plus dans l'espèce; et très-certainement l'idée n'aurait pas dû venir de donner à la clause une portée plus grande en la considérant comme opposable même aux tiers, si le contrat, en stipulant en faveur de la femme la faculté de reprendre *son apport en exemption de toutes dettes et charges*, avait ajouté que la faculté était ainsi stipulée en conformité des articles 1431, 1483, 1494 du Code Napoléon. Pourquoi donc ces articles n'ont-ils pas été pris pour règle, comme si le rédacteur du contrat s'y était expressément référé? Dira-t-on que si les époux avaient entendu ne dire rien de plus que ce que dit la loi elle-même, la clause n'aurait pas été insérée? C'est l'objection qu'ont formulée, dans l'espèce, les juges du fond dont la décision a été maintenue par l'arrêt du 16 avril 1856. Mais est-elle bien sérieuse? Que de contrats de mariage contiennent des stipulations qui ne font que reproduire les dispositions même de la loi! Et où s'arrêteraient les conséquences si, toutes les fois que le fait se vérifie, il fallait induire que les contractants ont voulu exprimer autre chose et plus que ce qu'exprime lui-même le texte reproduit? Faisons appel aux règles générales d'interprétation : nous en trouvons une, toujours dominante, dans l'article 1161 du Code Napoléon. Toutes les clauses des conventions, nous dit cet article, s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier. Or, dans l'espèce, la communauté avait été admise par les époux comme base de leur association conjugale; tout devait donc, autant que possible, être ramené à cette pensée du contrat; et puisque la convention dont il s'agit pouvait tout naturellement s'expliquer comme étant une suite, une conséquence, un développement des effets propres au régime de la communauté stipulée, c'était méconnaître les règles de l'interprétation que d'y voir, au contraire, une dérogation à ce régime. A ce point de vue, donc, la solution de l'arrêt du 16 avril 1856 nous paraît contestable.

53 Mais nous la contesterons encore à un autre point de vue, ou plutôt nous contesterons la jurisprudence spéciale à laquelle elle se rattache, et dont l'arrêt du 16 avril 1856 est aujourd'hui

le dernier monument. Cette jurisprudence est propre aux tribunaux de la Normandie, et, au fond, elle est un reste, un écho des principes établis par l'ancienne coutume normande.

Si l'on consulte Basnage, l'un des oracles de cette coutume, on voit qu'en Normandie, selon la coutume, la vente du bien dotal était valable si le mari avait fait de bonnes affaires, c'est-à-dire si la femme trouvait sur les biens de son mari un remploi suffisant, et, au contraire, que la vente était nulle, dans l'hypothèse inverse, ou du moins que la femme avait un recours subsidiaire contre les acquéreurs, pour les forcer à lui payer le juste prix de la dot ou à délaisser[1]. Il résultait de là que la femme retirait sa dot franche et quitte même vis-à-vis des créanciers envers lesquels elle était obligée, parce que ses engagements n'étaient pas exécutoires sur sa dot.

En ce point, comme en beaucoup d'autres, dans ce pays, où les conventions matrimoniales sont empreintes à un si haut degré de l'esprit et du caractère traditionnels, les parties tendent, même sous le Code Napoléon, à se rapprocher de l'ancienne coutume, et avisent au moyen d'en reproduire, autant que possible, les dispositions. De là ces clauses dont nous parlions tout à l'heure, ces clauses qui, dans un contrat stipulant la communauté, expriment que la femme ou ses héritiers auront le droit, en cas de renonciation, de retirer les apports francs et quittes, *par préférence à tous créanciers de la communauté*, même quand la femme se serait obligée avec son mari ou aurait été condamnée. De là aussi cette jurisprudence dont nous avons également indiqué les monuments, cette jurisprudence par laquelle les tribunaux de la localité, s'inspirant des idées dominantes dans le pays, valident de telles clauses dans lesquelles ils voient l'intention manifestée par la femme de soumettre ses biens à l'inaliénabilité dotale édictée par l'article 1554 du Code Napoléon, tout en adoptant le régime de la communauté pour le surplus de ses conventions matrimoniales. C'est à cette jurisprudence que se rattache l'arrêt du 16 avril 1856 qui, en rejetant le pourvoi dirigé contre un arrêt de la Cour de Caen par lequel la clause était interprétée ainsi que nous venons de le dire, donne son assentiment à cette interprétation.

[1] V. Basnage, art. 539 de la Cout., t. II, p. 402, 410.

54. Pour notre part, il nous paraît difficile d'y souscrire.

En droit, on ne conçoit guère, d'abord, le régime dotal s'établissant sur une disposition aussi peu explicite que celle dont il s'agit : si l'article 1392 n'exige pas des termes sacramentels pour constituer le régime dotal, il veut, du moins, une déclaration expresse; et il n'est vraiment pas possible de trouver cette déclaration expresse dans une clause qui, d'après l'article 1161, que nous avons invoqué tout à l'heure, peut et doit s'interpréter dans un tout autre sens, dans le sens résultant de l'ensemble de la convention. Mais, en outre et sans insister autrement sur ce point de vue, il y a ici cette autre considération décisive que la clause, entendue comme elle l'est par la jurisprudence locale à laquelle la Cour de cassation donne son assentiment, autorise la stipulation d'un régime matrimonial sous une condition purement potestative, en ce que la femme est, à son gré, commune en biens ou dotale, suivant qu'il lui plaît d'accepter la communauté ou d'y renoncer. Il y a là, en effet, une communauté de biens ou une dotalité conditionnellement stipulées, car la femme dit : « Si je renonce, j'agirai contre les tiers comme femme dotale; » la condition est purement potestative, car toute stipulation prohibitive de la faculté de renoncer étant nulle (art. 1453), il n'y a aucun lien de droit qui puisse obliger la femme à renoncer ou à accepter, et tout dépend uniquement de sa seule volonté. Or il n'est douteux pour personne, à l'exception de Toullier, que la condition purement potestative, sinon la condition potestative mixte, annule radicalement la stipulation d'un régime matrimonial qui en est infectée.

En fait, les inconvénients les plus graves sont attachés à la convention entendue dans le sens des arrêts précités. Admettez, en effet, la possibilité pour la femme de substituer, par sa renonciation, le régime dotal à la communauté qui de fait a existé jusqu'à la dissolution de la société conjugale, et alors ce n'est plus seulement sur les choses existant au décès que la femme exercera son droit de reprise. Grâces à l'effet rétroactif de la condition, le régime dotal remontera, contre la vérité du fait, au jour même du mariage, en sorte que la femme pourra reprendre ses immeubles (en cas d'ameublissement), revendiquer les créances par elle mises en communauté (si elles ont été aliénées), et tout remettre en question, et même tout détruire dans

les agissements du mari. C'est le retour aux abus résultant des dispositions de la coutume normande, dont l'effet a été de grever la propriété immobilière d'hypothèques de garantie dans une telle mesure, qu'aujourd'hui encore, après plus d'un demi-siècle, la plupart des immeubles sont en quelque sorte inaliénables, parce qu'on n'en peut pas toucher le prix. Ce serait même un retour à ces abus avec exagération. Car enfin la coutume, en réduisant les filles à une simple rente, leur faisait avec une bien grande parcimonie la part qu'on a si justement appelée l'*aumône de la loi*, tandis que aujourd'hui les filles héritent au même titre que leurs frères: en sorte que c'est en réalité la moitié de la fortune publique qui pourrait être frappée par cette clause d'inaliénabilité conditionnelle! A ces considérations générales, si nous ajoutons que rien mieux que la clause validée par la jurisprudence locale et par celle de la Cour de cassation ne se prête aux combinaisons frauduleuses que les époux pourraient ourdir contre les tiers, on sentira, sans qu'il soit besoin d'insister davantage, tout l'intérêt qu'il y a à s'en tenir aux principes du Code et à réagir contre des préjugés dont les tribunaux de la Normandie eux-mêmes reconnaîtront peut-être les inconvénients et les dangers, mais que, dans tous les cas, il est important de ne pas laisser se propager.

55. En définitive donc, nous rejetons toutes les théories particulières qui, depuis plus ou moins de temps, sont venues se mêler à la grave question des prélèvements et des reprises à exercer par la femme après la dissolution de la communauté. Pas une de ces théories ne résiste à un examen sérieux, et nous pensons avoir servi la discussion générale en montrant qu'elles doivent être mises hors de cause dans un débat où leur présence ne pourrait qu'ajouter encore aux obscurités et aux complications nées de la seule controverse. Ainsi la question reste telle qu'elle s'était posée d'abord, telle qu'elle se pose encore à l'heure qu'il est devant les chambres réunies de la Cour suprême: la femme est-elle propriétaire de ses reprises, propriétaire même vis-à-vis des créanciers, et, à ce titre, fondée à les exercer par préférence sur les valeurs mobilières de la communauté? ou bien est-elle simplement créancière, et obligée, par suite, à subir la contribution avec les autres créanciers? Voilà toujours le problème. A la Cour suprême de le résoudre

maintenant! Et puisse-t-elle, en mettant un terme à l'incertitude fâcheuse qui pèse sur la situation, suivre les tendances qu'accuse son arrêt du 4 février 1856, y marcher jusqu'au bout, et consacrer les vérités que proclament le droit et la justice!

PAUL PONT.

DU PRIVILÉGE ET DE L'HYPOTHÈQUE

EN MATIÈRE DE DROITS D'ENREGISTREMENT.

Par M. Serrigny, professeur de droit administratif à la Faculté de droit de Dijon.

La doctrine et les arrêts ont contesté récemment le privilége de l'administration de l'enregistrement pour le recouvrement des droits de mutation par décès. Comme c'est là une question de nature à se présenter chaque jour, et qui intéresse les droits du trésor public et d'une multitude de créanciers, il m'a paru utile de la traiter à mon point de vue. En même temps, il m'a semblé convenable d'examiner si la régie n'a pas le moyen de se procurer, sans frais, une hypothèque générale sur les biens de ses débiteurs. Je m'occuperai donc d'abord du privilége de cette régie, et en second lieu de l'hypothèque qui peut lui appartenir.

§ 1er. — Du privilége des droits d'enregistrement.

La question de savoir si la régie a un privilége ne se présente guère pour l'enregistrement des actes entre-vifs, puisque les droits se payent au comptant, sur la présentation des actes, et avant l'accomplissement de la formalité. L. 22 frimaire an VII, art. 28. Je n'examinerai donc cette matière qu'au point de vue des droits de mutation par décès.

Cette question n'est pas nouvelle; elle s'est présentée sous l'ancienne législation comme elle se présente aujourd'hui; et voici la distinction judicieuse qui était admise : S'agissait-il des droits simples? ils étaient privilégiés. S'agissait-il, au contraire, du triple droit, qui correspondait à nos doubles droits actuels? il ne jouissait pas du privilége. Cette distinction est justifiée par le *Dictionnaire des domaines*, ouvrage très-accré-

dité sur ces matières. Cet ouvrage cite un très-grand nombre d'arrêts du conseil d'État du roi qui ont admis le privilége des droits de centième denier[1], et notamment : « Arrêt du conseil, » du 15 mars 1723, qui ordonne que le sieur Lauverjon, notaire » au Châtelet de Paris (qui avait reçu en dépôt le testament de » l'abbé de Dangeau, dont il avait payé le droit de contrôle et » d'insinuation), sera remboursé, *par préférence à tous créan-* » *ciers*, sur les effets dudit sieur abbé, de la somme par lui payée » pour les droits[2]. »

« Autre décision du 10 juin 1747, qui adjuge au fermier (des » domaines du roi) le droit de centième denier d'une succes- » sion, par préférence au douaire de sa veuve, et sur les reve- » nus affectés au douaire, plutôt que contre l'acquéreur du sur- » plus des biens[3]. »

Ailleurs il dit que, « si la succession est vacante, le droit de » centième denier doit être pareillement payé de la valeur des » immeubles qui en dépendent; et il doit être payé, *par préfé-* » *rence à tous créanciers*, sur les revenus et effets de la suc- » cession[4]. »

« Il a été jugé une infinité de fois que le triple droit de cen- » tième denier était dû par le curateur aux successions vacantes; » entre autres par décision du 10 juin 1729, contre M. Blan- » chard, avocat, qui soutenait qu'un curateur n'est qu'un simple » administrateur, en la personne duquel il ne se fait point de mu- » tation; par celle du 16 juin 1740, sur l'article 10 du cahier des » états de Bourgogne, qui demandaient que, pour les immeubles » dépendants des successions vacantes, auxquelles il était créé » un curateur, il ne fût point payé de droit de centième denier, » lorsque l'acquéreur ou adjudicataire de ses immeubles aurait » payé le droit pour le prix de son acquisition ou adjudication; » il fut décidé que « le droit de centième denier se percevant » dans toutes les provinces du royaume sur les curateurs aux » successions vacantes en ligne collatérale[5], sa majesté ne juge

[1] V. dit ouvrage, v° *Préférence*.

[2] V. *ibid.*, t. II, p. 361, édition de 1775.

[3] V. *ibid.*, p. 362.

[4] V. *ibid.*, v° *Succession*, t. II, p. 527.

[5] On sait que, dans la plupart des coutumes, les droits de relief et de centième denier n'étaient point dus en ligne directe; et voilà pourquoi il n'est parlé ici, comme ailleurs, que de la ligne collatérale.

» pas qu'il convienne de faire un règlement particulier pour sa » province de Bourgogne[1]. »

Si le privilége de la ferme générale était incontestable pour les droits simples de mutation par décès dans l'ancienne législation, il en était autrement des triples droits. « M. l'intendant » de Grenoble ayant demandé au conseil si le fermier devait » avoir la préférence pour le triple droit de centième denier, » comme pour le droit principal, il lui fut répondu, le 14 août » 1747, par M. de Furoy, intendant des finances, que le triple » droit étant une peine ou amende, ne peut être exigé par pré- » férence[2]. »

Cette dernière solution était conforme à l'article 8 du *titre commun* de l'ordonnance du mois de juillet 1681, portant : « N'entendons aussi que la préférence *ordonnée pour nos droits* » ait lieu pour les confiscations de la juste valeur, ni pour l'*a-* » *mende* et ses dépens. »

Quant à la législation nouvelle, une première observation me frappe tout d'abord : c'est que la Cour de cassation a depuis longtemps admis le privilége de la régie, et qu'elle n'a jamais varié sur ce point. Ce n'est que récemment que certaines Cours impériales ont résisté à cette jurisprudence. En effet, la Cour de cassation a consacré ce privilége par deux arrêts des 9 vendémiaire an XIV et 3 janvier 1809, rapportés par Merlin, qui s'en approprie la doctrine[3]; par un arrêt du 3 décembre 1839, rendu au rapport de M. Tripier[4], et par un autre arrêt du 28 juillet 1851[5]. V., dans le même sens, deux arrêts de la Cour de Paris, du 13 mars 1855[6].

Voilà donc une jurisprudence qui semblait bien établie. Voyons si c'est avec raison que l'on a cherché récemment à l'ébranler et à la détruire[7]. Les adversaires du privilége de la régie partent d'un principe qui ne saurait être contesté : c'est qu'aux termes

[1] V. l'ouvrage cité, *ibid.*, p. 527.

[2] V. *ibid.*, v° *Préférence*, t. II, p. 362, col. 2.

[3] V. *Répert. de jurispr.*, v° *Enregistrement*, § 39.

[4] V. Devill., 40, 1, 29.

[5] V. *ibid.*, 51, 1, 761.

[6] V. *ibid.*, 55, 2, 161.

[7] V., contre le privilége du trésor : Arrêts des Cours impériales d'Amiens, 11 juin 1853 et 18 nov. 1854; Devill., 53, 2, 537, et 55, 2, 47; — de Caen, 17 décembre 1855; Devill., 56, 2, 10; — d'Angers, 9 janvier 1856; Devill., 56, 2, 75.

de l'article 2093 C. Nap., les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et que le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence. Il faut donc justifier par des textes le privilége des droits de mutation par décès.

Rien n'est plus exact que ce principe, admis également par les partisans du privilége; mais sur son application ils se montrent divisés. Les uns se fondent uniquement sur l'article 32 de la loi du 22 frimaire an VII, portant : « Les droits des déclarations des mutations par décès seront payés par les héritiers, » donataires ou légataires. — Les cohéritiers seront solidaires. » — La nation aura action *sur les revenus des biens à déclarer, » en quelques mains qu'ils se trouvent*, pour le payement des » droits dont il faudrait poursuivre le recouvrement. »

A mon avis, ce n'est pas là le texte qui doit servir de fondement au privilége de la régie; car je pense qu'elle a un privilége général sur les meubles et les immeubles composant la masse héréditaire laissée par le défunt, et il s'agirait ici, tout au plus, d'un privilége *sur les revenus des biens à déclarer;* et, par conséquent, il ne s'étendrait point au capital des meubles ni des immeubles.

Voici, selon moi, le sens de cet article. Le § 1er établit le principe d'une obligation personnelle à la charge des héritiers, donataires ou légataires, pour le payement des droits de mutation par décès. Il importe de remarquer que le mot *donataires* n'a pas ici le sens ordinaire dans lequel il est pris, c'est-à-dire qu'il ne comprend pas les donataires entre-vifs, mais seulement les donataires à cause de mort, tels que les institués par contrat de mariage. Cela résulte du texte même, qui ne s'occupe que des *mutations par décès;* en outre, c'est également le sens dans lequel le mot *donataires,* intercalé entre les mots *héritiers* et *légataires*, est employé dans l'article 39 de la même loi, ainsi que cela résulte d'un arrêt de la Cour de cassation, du 30 mars 1852, et des observations si fines et si judicieuses dont il a été l'objet de la part de M. Nicias-Gaillard [1].

L'obligation personnelle des héritiers est déclarée solidaire, et celle des donataires et légataires, même particuliers, les oblige à souffrir l'action de la régie sur les revenus des biens

[1] V. Devill., 52, 1, 354.

de la succession qui se trouvent entre leurs mains, quand bien même ils ne seraient qu'ayants cause du défunt à titre particulier, sans pouvoir opposer aucune espèce de discussion des biens des héritiers ou représentants du défunt, universels ou à titre universel. Ainsi, par exemple, un simple légataire en usufruit, qui est toujours un légataire particulier, en ce sens qu'il n'est jamais tenu personnellement des dettes, devra souffrir l'exercice de l'action de la régie, même pour le payement des droits de mutation de la nue propriété, sauf à les répéter au nu-propriétaire, mais sans pouvoir renvoyer la régie à faire discuter préalablement cette nue propriété.

Cette action sur tous les revenus des biens héréditaires est très-utile et très-commode à la régie, principalement au cas où l'usufruit est séparé de la nue propriété, ce qui arrive souvent dans les mutations par décès; car il est infiniment plus simple de se faire payer sur les revenus que sur la nue propriété, qui n'en produit aucuns.

C'est dans ce sens que l'avis du conseil d'État du 4-21 septembre 1810, inséré au *Bulletin des lois*, a interprété l'article 32 de la loi de l'an VII; car on y lit que « l'article 32 précité ne » concerne que les personnes dénommées au § 1er, c'est-à-dire » les *héritiers*, *donataires* ou *légataires*; — que les deux para- » graphes suivants n'ont pour objet que d'expliquer les obliga- » tions qui résultent de la disposition principale pour chacune » de ces mêmes personnes, savoir, pour les cohéritiers, la so- » lidarité, et pour tous, *même pour les donataires ou légataires* » *à titre particulier*, l'affectation des revenus au payement du » droit, *et que cet article ne peut regarder en rien* les tiers ac- » quéreurs. » En conséquence cet avis, qui a force de loi, décide que l'action accordée par l'article 32 de cette loi *ne peut être exercée au préjudice des tiers acquéreurs.*

Cet article 32 s'occupe donc directement et principalement des rapports de la régie avec ceux qui succèdent aux biens du défunt, et, par suite, des droits et actions qui appartiennent à la régie, soit personnellement contre eux, soit réellement sur les revenus des biens héréditaires qu'ils détiennent; mais il ne s'occupe pas des actions de la régie dans les rapports de cette régie avec les créanciers personnels de ces mêmes successeurs et ayants cause. Ce n'est donc que d'une manière très-indirecte et très-éloignée que l'on pourrait en faire sortir un privilége

pour la régie à l'encontre, soit des créanciers du défunt, soit des créanciers personnels de chacun des appelés à la succession. Au surplus, je ne fais pas obstacle à ce qu'on en fasse sortir un privilége personnel sur les revenus des biens héréditaires, tant que ces biens sont entre les mains des héritiers, donataires à cause de mort ou légataires; mais je n'attache point d'importance à ce privilége restreint, car on va voir que j'accorde à la régie un privilége général sur la masse héréditaire.

La Cour de cassation, dans son arrêt du 3 décembre 1839, fait reposer le privilége qu'elle accorde à la régie uniquement sur l'article 2098 du Code Napoléon, car c'est le seul texte visé par cet arrêt. Je reconnais que cet argument a beaucoup de valeur, le texte supposant, en effet, que le trésor public a un privilége pour sa garantie; il porte : « Le privilége, à raison du » trésor royal, et l'ordre dans lequel il s'exerce, sont réglés » par les lois qui les concernent. » Toutefois, d'après cet adage que « supposer n'est pas disposer, » il serait à craindre, si ce privilége spécial n'avait pas d'autre fondement, que l'on pût le battre en brèche trop facilement.

On objecte même que « l'on avait eu aussi le projet d'assigner » un privilége sur les meubles et immeubles d'une succession » relativement aux droits dus, pour leur ouverture, à la régie » de l'enregistrement. Cette disposition se trouvait inscrite dans » la première rédaction de l'article 2105; mais on la supprima » dans la même vue de réunir tous les droits du trésor public » sous une disposition générale qui pût se prêter à toutes les » modifications [1]. » M. Tarrible, auteur de cette observation, en conclut que le fisc n'a, pour le recouvrement des droits de mutation par décès, qu'une simple action sur les revenus des biens à déclarer, telle qu'elle était accordée par l'article 32 de la loi du 22 frimaire an VII, qui n'a reçu aucun changement sur ce point.

Cette conclusion ne me semble pas exacte. Le sujet de la disposition proposée n'entraîne aucune conclusion contre le privilége, puisqu'il n'a eu lieu que par un motif d'ordre et de méthode; il ne paraît pas même que le privilége du trésor ait été contesté à cette occasion.

Le véritable fondement du privilége de la régie repose, à mon

[1] V. M. Tarrible, dans le *Répert. de jurispr.* de Merlin, v° *Privilége*, sect. 2, § 2, n° 7, t. X, p. 15.

sens, sur le texte des articles 14, 8°, et 15, 7°, de la loi du 22 frimaire an VII, aux termes desquels la valeur des biens meubles et immeubles se liquide, pour les transmissions par décès, *sans distraction des charges*. Il résulte de là, en effet, que, vis-à-vis de la régie, les dettes des successions ouvertes sont comme n'existant pas, puisqu'elles ne lui sont pas opposables et ne peuvent avoir aucune influence sur les droits qui lui sont dus. Personne ne nie que les dettes des successions soient principalement ce que la loi ait en vue par le mot *charges*, dans les textes cités. Cette expression peut faire naître quelques difficultés sur sa portée et son étendue, quand il s'agit de l'appliquer à d'autres objets que les dettes proprement dites; il n'y en a point quand il est question des dettes.

On objecte que les articles 14 et 15 n'ont pour objet que de déterminer les bases à suivre pour la liquidation et la fixation des droits proportionnels, et qu'ils n'ont point en vue de donner un privilége à la régie; cela résulte, dit-on, de la rubrique du titre et du texte même de la loi. Le titre 2, sous lequel ils sont placés, est intitulé : *Des valeurs sur lesquelles le droit proportionnel est assis, et de l'expertise*. Les articles cités commencent ainsi : « La valeur de la propriété, de l'usufruit et de » la jouissance des biens meubles (ou des immeubles) est déter- » minée *pour la liquidation et le payement du droit proportion- » nel*, ainsi qu'il suit..... » Donc ces textes sont relatifs seulement aux rapports entre la régie et les redevables des droits, et sont étrangers aux rapports de la régie avec les créanciers de ces mêmes redevables.

Cette objection, qui a bien quelque valeur, ne me touche pas beaucoup : d'abord, le texte même nous apprend qu'il ne s'agit pas seulement de déterminer la valeur des biens pour la liquidation, mais aussi *pour le payement* du droit proportionnel, et ces expressions sont employées d'une manière absolue; elles peuvent donc s'appliquer aussi bien au payement dans les rapports de la régie à ses redevables, que de la régie aux créanciers de ces mêmes redevables, puisque la loi ne distingue point, et que, s'il était vrai que les créanciers des successions ouvertes pussent s'opposer au payement des droits, il ne serait plus possible d'appliquer à la régie les dispositions de la loi telles qu'elles sont écrites. Des exemples qui se présentent chaque jour vont faire sentir la portée de ces observations.

Un homme meurt en état de faillite, soit que sa faillite soit déclarée après sa mort en vertu de l'article 437 du Code de commerce, soit qu'elle fût déjà prononcée avant sa mort, il laisse plus de dettes que de biens, et son héritier ne possède absolument rien. Comptera-t-on ses dettes pour la liquidation et le payement du droit? Il ne resterait rien à la régie, puisqu'il y a plus de dettes que de biens, et que l'actif net est au-dessous de zéro. Mais il n'en sera pas ainsi; les dettes ne seront pas déduites, *il n'en sera pas fait distraction*, absolument comme si elles n'existaient pas, et les syndics seront obligés de payer le droit de mutation sans égard aux autres dettes.

Dans cette hypothèse et dans toutes celles où les dettes excéderont les biens, soit que le défunt soit ou non commerçant, il est probable que ses héritiers légitimes renonceront à sa succession et qu'elle sera réputée *vacante*. Sera-t-il dû un droit de mutation sur l'ouverture et la transmission de cette succession vacante? On a vu plus haut que notre question ne faisait aucun doute sous l'ancienne législation, et il faut dire qu'elle n'en peut pas faire davantage sous la nouvelle. L'article 4 de la loi du 22 frimaire an VII décide que le droit proportionnel est établi *pour toute transmission* de biens meubles et immeubles, soit entre-vifs, *soit par décès;* puis l'article 69 fixe le tarif des droits à percevoir, tarif modifié par des lois postérieures, mais sans que ces lois aient changé le principe. Il faudrait donc trouver dans la loi une exception pour les successions vacantes, si l'on veut prouver qu'elles ne sont pas soumises au droit de mutation : or comment pourrait-elle exister en présence des articles 14 et 15, qui portent que la valeur des biens se détermine pour la liquidation et le payement, *sans distraction des charges?* Ces expressions ne prouvent-elles pas manifestement que l'exception ne saurait exister?

Il y a plus : pour que la question ne put pas même être soulevée, l'article 39, paragraphe final, de la même loi, ajoute que « les tuteurs et *curateurs* supporteront personnellement les » peines ci-dessus (demi-droit et double droit en sus), lorsqu'ils » auront négligé de passer les déclarations dans les délais, ou » qu'ils auront fait des omissions ou des estimations insuf- » fisantes. » V. aussi l'article 27, § 2, et l'article 29, paragraphe final, qui emploient la même expression. Aussi la nouvelle jurisprudence n'a-t-elle pas plus hésité que l'ancienne à déclarer

les successions vacantes assujetties au droit proportionnel[1].

S'il en est ainsi, qui supportera le droit de transmission? Il est bien évident que ce ne peut pas être le curateur à la succession vacante, qui n'est qu'un administrateur étranger personnellement à la mutation; il ne pourra en prendre le montant que sur les valeurs héréditaires, et les créanciers seront bien obligés de lui allouer ce déboursé en compte. C'est là ce que juge l'arrêt précité du 3 mars 1839, et personne ne conteste une pareille conséquence. Mais alors n'est-il pas manifeste que la régie doit passer avant les créanciers de sa succession, ou, en d'autres termes, qu'elle a un droit de préférence ou de privilége à leur égard sur les biens de la succession? C'est également ce qu'on ne saurait nier.

Ce résultat embarrasse singulièrement les adversaires du privilége de la régie. L'un d'eux, le plus récent, M. Gabriel Demante, se pose la question : — Si on refusait à l'administration le droit de prélèvement sur les biens héréditaires, que deviendrait l'impôt sur les successions vacantes, qui n'a pas d'autre base? — Et il ajoute : « La réponse est simple : cet impôt dis- » paraîtrait, car la perception en est abusive et n'est pas moins » contraire aux règles du droit positif qu'aux principes de l'é- » quité naturelle[2]. »

Comment est-il possible de prétendre qu'un pareil impôt doive disparaître en présence des dispositions de la loi qui sont plus claires que la lumière du jour? Où se trouve l'exception? Sur quels textes s'appuie-t-elle? On n'en cite aucun pour détruire une règle générale. Dire que les successions vacantes ne devraient pas être assujetties au droit de mutation, c'est faire le procès à la loi; ce peut être l'objet d'une pétition au législateur, ce n'est pas une objection sérieuse à soumettre à des tribunaux. On a vu plus haut que les États de notre Bourgogne avaient demandé au roi qu'il ne fût pas payé de droit de centième denier pour les immeubles dépendants des successions vacantes, et qu'il leur fut répondu : « Que le droit de centième denier se » percevant dans toutes les provinces du royaume sur les cura- » teurs aux successions vacantes, Sa Majesté n'a pas jugé qu'il

[1] V. C. cass., 18 nivôse an XII; Sir., 4, 2, 764; — 3 décembre 1839; Devill., 40, 1, 29.

[2] V. *Revue critique de législ. et de jurispr.*, 1855, t. VI, p. 302.

» convînt de faire un règlement particulier pour sa province de » Bourgogne[1]. »

Et c'est en présence d'un pareil document et de bien d'autres documents semblables, que l'on peut voir dans le *Dictionnaire des domaines;* c'est lorsque cet ancien état de choses a été confirmé de la manière la plus claire et la plus expresse par la loi nouvelle, que l'on vient contester que les successions vacantes soient sujettes au droit de mutation par décès!

La même difficulté, encore moins sérieuse, se reproduit à l'égard des successions bénéficiaires. L'acceptation sous bénéfice d'inventaire, à moins qu'elle ne soit forcée, comme pour les successions directes à des mineurs (art. 461 C. Nap.) fait présumer que l'hérédité est grevée de dettes qui peuvent aller jusqu'à en absorber la valeur entière. Il arrive tous les jours que les héritiers préfèrent ce mode d'acceptation à une renonciation, soit par honneur pour la mémoire de leur auteur, soit dans l'espérance que la liquidation se faisant avantageusement, il leur restera quelque chose d'utile après les dettes payées. Sera-t-il dû, en ce cas, un droit de mutation sur la valeur de l'actif héréditaire, sans distraction des dettes? Et, en cas d'affirmative, par qui sera-t-il supporté? La jurisprudence, soit ancienne, soit moderne, n'a jamais hésité sur la solution de ces questions; le droit est dû sans *distraction des dettes*, et l'héritier bénéficiaire est autorisé à en porter le montant dans le compte qu'il rend aux créanciers héréditaires: par conséquent, le droit est supporté, en définitive, par la masse de la succession, puisque le fisc passe avant les créanciers.

Sous l'ancienne législation, la question n'était pas douteuse, ainsi que cela est attesté par l'auteur du *Dictionnaire des domaines:* « Celui qui accepte une succession sous bénéfice d'in- » ventaire ne diffère de l'héritier pur et simple que parce qu'il » n'est tenu de payer les dettes que jusqu'à concurrence des » biens de la succession. Il est nommément assujetti, par l'ar- » ticle 10 de la déclaration du roi, du 20 mars 1708, au paye- » ment du centième denier des immeubles de cette succession[2]. »

Et ailleurs on lit dans le même ouvrage: « L'héritier bénéfi- » ciaire en ligne collatérale est tenu de payer *le centième denier* » des immeubles de la succession dans le délai fixé, et sous les

[1] V. *suprà*, p. 539.
[2] V. *Dict. des dom.*, t. II, p. 526.

» peines prescrites à l'égard des héritiers purs et simples. Voir » l'article 10 de la déclaration du 20 mars 1708; la décision de » M. Desmarets, du 30 octobre 1712; l'arrêt du 2 octobre 1714 » contre M. l'évêque de Metz, l'héritier de M. le duc de Coislin, » son frère, lequel supposoit qu'il ne restoit rien après les » dettes acquittées; qu'il étoit sur le point de vendre les biens, » et que le droit ne pouvoit être exigé que des acquéreurs. — » V. encore la décision du 5 avril 1732 contre M. Bailly de » Marolles, qui disoit n'avoir profité de rien et que la succession » étoit absorbée; et celle du 27 septembre 1736, qui condamne » une veuve à payer, comme usufruitière, le centième denier, » des biens de la succession bénéficiaire de son mari, sauf son » recours contre l'abbé de Sugny, héritier par bénéfice d'inven- » taire [1]. »

La jurisprudence nouvelle n'est pas moins précise, et il n'y a point eu d'hésitation ni de dissentiment. V. en ce sens arrêts de cassation des 29 germinal an XI [2]; — 5 nivôse an XII [3]; — 1er février 1830 [4]; — 12 juillet 1836 [5], — et 28 août 1837 [6]. Comment les successions bénéficiaires pourraient-elles être exemptes du droit de mutation par décès, puisque les successions vacantes en sont tenues? Il est manifeste qu'il existe un argument *à fortiori* pour conclure de l'assujettissement des successions vacantes à l'assujettissement des successions bénéficiaires, et que tout ce que nous avons dit des premières s'applique, à plus forte raison, aux autres. Aussi les adversaires du privilége de la régie sont-ils d'accord que le droit est dû en ce cas-là [7].

L'héritier bénéficiaire est-il fondé à porter dans le compte aux créanciers de la succession le montant des droits de mutation payés par lui? La pratique est formelle et précise dans le sens de l'affirmative, et j'en ai vu maints exemples sans qu'il vînt à l'esprit des créanciers d'oser critiquer une pareille allocation. Au surplus, la jurisprudence confirme la pratique [8]. La

[1] V. le même ouvrage, t. I, p. 196.
[2] V. Sirey, 3, 2, 311.
[3] V. *ibid.*, 4, 2, 763.
[4] V. *ibid.*, 30, 1, 138.
[5] V. *ibid.*, 36, 1, 670.
[6] V. *ibid.*, 37, 1, 811.
[7] V. M. Gabriel Demante, *Revue de législ. et de jurispr.*, t. VI, p. 306 et suiv.
[8] V. en ce sens : Rouen, 27 décembre 1837; Sir.-Devill., 38, 2, 445; — *idem*, 5 avril 1845; *ibid.*, 46, 2, 324; — Bordeaux, 1er décembre 1846; *ibid.*,

raison de cette jurisprudence se réduit à un motif très-simple, c'est que l'héritier bénéficiaire n'est, vis-à-vis des créanciers de la succession, qu'un administrateur comptable (art. 803 C. Nap.), et qu'il ne peut être tenu des dettes et charges de la succession que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il a recueillis (art. 802, *ibid.*)

Les adversaires du privilége de la régie n'osent pas critiquer ouvertement ce résultat, qui est trop conforme au droit commun; ils se taisent sur ce point et ne disent clairement ni oui ni non[1].

Étant tenu pour constant que les droits de mutation par décès sont dus pour les successions vacantes, pour les successions bénéficiaires, et que, dans ce cas, ils retombent sur les créanciers héréditaires qui ne peuvent opposer leurs créances à la régie, arrivons aux successions acceptées purement et simplement. Comment, si l'héritier est personnellement insolvable, les créanciers héréditaires pourraient-ils opposer leurs créances à la régie? Est-ce que les articles 14, 8°, et 15, 7°, de la loi du 22 frimaire an VII, ne sont pas généraux et ne s'appliquent pas à toute espèce de successions, et quel que soit le mode de dévolution aux héritiers ou successeurs? Est-ce que tous ces modes ne sont pas indifférents à la régie et au principe de la *non-distraction des charges*, si formellement énoncé dans son intérêt? Du moment que la régie passe avant les créanciers dans les successions vacantes et dans celles acceptées sous bénéfice d'inventaire, la question du privilége n'est-elle pas résolue? Ne sont-ce pas là les successions onéreuses et dans lesquelles l'administration de l'enregistrement a besoin de son privilége? Il est bien évident qu'elle n'en a pas besoin quand la succession et l'héritier sont solvables.

Remarquez, d'ailleurs, les conséquences du système contraire! Si la régie n'avait point de privilége contre les créanciers de la succession, elle n'en n'aurait pas contre les créanciers personnels de l'héritier. S'il était vrai de dire que le droit de mutation est une charge exclusivement personnelle aux héritiers et légataires, à quel titre et en vertu de quel texte pourrait-elle exclure : 1° tous les créanciers de la succession qui

47, 2, 298; — Grenoble, 21 mars 1850; *ibid.*, 50, 2, 539; — Paris, 19 janvier 1854; *ibid.*, 54, 2, 752.

[1] V. la dissertation de M. Demante, déjà citée, *Revue*, t. VI, p. 307, n° 23.

invoqueraient, soit des hypothèques, soit le privilége de la séparation de patrimoines, et qui de la sorte passeraient avant elle; 2° les créanciers personnels de l'héritier qui auraient des hypothèques générales ou des priviléges légaux; 3° les créanciers même simplement chirographaires de l'héritier? Elle n'aurait que le droit, tel quel, que l'article 32 de la loi du 22 frimaire an VII lui donne sur *les revenus* des biens à déclarer, droit qu'elle perdrait par une vente immédiate, aux termes de l'avis du conseil d'État déjà cité, du 21 septembre 1810. En dehors de cette ressource si fragile, la régie n'aurait donc aucun moyen d'éviter le triple inconvénient qui vient d'être signalé. Ainsi, dans toute succession onéreuse, elle pourrait perdre entièrement ou presque entièrement ses droits. Ne serait-il pas essentiellement déraisonnable que les créanciers de l'héritier, qui ne devraient pas avoir plus de droits que lui sur les biens héréditaires, vinssent en concurrence avec elle en vertu de l'article 2093 du Code Napoléon? Et encore une fois, si la régie n'avait pas de privilége contre les créanciers de la succession, où seraient les textes qui lui en donneraient contre les créanciers de l'héritier?

Ce n'est pas tout : supposons un instant que les créanciers de la succession passent avant la régie; à l'instant il n'y aura plus de droits de mutation par décès, et ils s'écouleront presque tous par cette porte ouverte à la fraude. En effet, dans toute succession opulente et où le montant des droits en vaudra la peine, le *de cujus* aura soin, avant sa mort, de créer des dettes fictives qui viendront absorber le montant des biens de sa succession, et alors l'héritier qui aura accepté bénéficiairement se moquera de la régie et la bernera pour les droits de mutation; il n'y aura plus que des successions bénéficiaires, et adieu les droits de mutation par décès. Ce sont ces fraudes si faciles à pratiquer que la loi de l'an VII a voulu fermer par la clause *de non-distraction des charges*. Ceux qui ont étudié à fond cette législation et la jurisprudence de la Cour de cassation savent combien cette crainte d'ouvrir des portes à la fraude a eu d'influence sur le législateur et sur les membres de la Cour suprême, et on ne saurait se dissimuler que c'est là une crainte sérieuse et légitime.

En résumé, voici donc le système de la loi de l'an VII sur les droits de mutation par décès : elle frappe d'un impôt pro-

portionnel à la valeur des biens transmis toute la masse active héréditaire; ce droit est assis sur les valeurs actives, sans distraction des dettes, et porte sur la masse de l'hérédité. Cet impôt proportionnel est basé sur l'idée qu'il sera facilement supporté, le défunt ne le sentant pas et les héritiers ou légataires recevant ses biens à titre gratuit. L'impôt est avancé par l'héritier ou administrateur de la succession. Si la succession est utile ou présumée telle par l'acceptation pure et simple, l'héritier paye le droit sans recours contre la masse; si la succession est onéreuse, ce qui est ordinairement supposé en cas de vacance ou de bénéfice d'inventaire, l'administrateur prélève le droit, vu le recours, sur les biens héréditaires, et il est supporté par la masse qui en est d'autant amoindrie. Voilà, suivant moi, quel est le système tant de la loi ancienne que de la loi nouvelle.

Est-ce à dire que, pour justifier le privilége du trésor en matière de droits de mutation par décès, il faille recourir à ces doctrines abjectes par leur excessive servilité, qui veulent faire considérer l'État comme ayant un droit de propriété ou de copropriété préexistant sur les biens des particuliers, à l'instar de ce prétendu droit de domaine direct imaginé par les feudistes, et basé sur l'hypothèse que tous les biens procédaient d'une concession originaire de l'État? Personne ne répudie plus haut que moi de pareilles doctrines, qui auraient pour résultat d'abaisser les Français à la condition des fellas égyptiens. Grâce à Dieu, la maxime *omnia sunt regis* a été bien et dûment enterrée par les lois de notre première révolution, et il n'est pas besoin de la faire revivre pour admettre le privilége du trésor public en matière d'impôts. Ce privilége est si juste et si raisonnable que je ne crois pas qu'il ait existé aucune législation qui l'ait refusé à l'État. Il a pour cause la garantie sociale, qui protége les droits des créanciers et des débiteurs, et sans laquelle il n'y aurait plus rien d'assuré pour personne.

Notre législation fiscale sur les mutations par décès présente deux inconvénients, la non-distraction des dettes et l'exagération des droits qui peuvent aujourd'hui s'élever à 10 fr. 80 c. par 100 francs, y compris les deux dixièmes accessoires. Oui, sans doute, il n'est pas juste de percevoir le droit de mutation sur les dettes qui grèvent une succession, puisque, aux termes de l'article 4 de la loi de l'an VII, le droit proportionnel est

assis sur les valeurs, et que bien certainement les dettes diminuent les valeurs actives. Mais les adversaires du privilége de la régie ne demandent pas l'abrogation de la disposition de la loi sur la non distraction des charges, que la crainte de la fraude a fait établir et fera maintenir. Il est également vrai qu'un impôt qui prend 10 francs 80 centimes pour cent des biens des citoyens pour en protéger la transmission, est contraire aux idées de protection et d'équité. On veut, dit-on souvent, protéger la propriété, et surtout la propriété foncière, qui ne peut se soustraire aux charges qui l'accablent sous toutes les formes et sous toutes les dénominations, impôts directs, impôts indirects, droits de douanes, droits d'enregistrement; et on la détruit à mesure qu'elle se forme. Les auteurs et les arrêts que je consulte, en s'attaquant au privilége du trésor en matière de mutation par décès, au lieu de demander l'abaissement de l'impôt, me font l'effet de toréadors qui prendraient le taureau par la queue au lieu de l'attaquer par les cornes; aussi leurs attaques me semblent-elles puériles et ne présentent aucune chance de succès. L'impôt étant une fois consenti, il y aurait nécessité de le rendre privilégié, s'il ne l'était pas, par la même raison que le budget des dépenses une fois voté, il y a nécessité de voter le budget des recettes : tout homme qui peut réunir deux idées politiques comprendra cette nécessité, sans qu'il soit besoin de recourir à l'ancienne maxime *omnia sunt regis*.

Répondrai-je à quelques objections qui sont plutôt des considérations que des arguments juridiques? On dit qu'en portant à 5 pour cent le maximum de l'impôt des successions, la loi de l'an VII assurait dans une juste mesure les droits du trésor, en affectant les revenus des biens à déclarer au payement de l'impôt.— La réponse est bien simple : la loi n'assurait rien du tout, puisque le privilége ou l'action sur les revenus ne suit pas les biens, et que rien n'empêche l'héritier, donataire à cause de mort, ou légataire, de vendre les biens le lendemain de l'ouverture de la succession, et avant qu'ils aient produit un centime de revenu sur lequel la régie puisse se faire payer.

On a ajouté que la non-existence du privilége du trésor était reconnue en 1848 par la régie de l'enregistrement elle-même, puisqu'elle en demandait formellement l'établissement au pouvoir législatif, à l'occasion d'une proposition sur l'impôt des successions. — Belle conclusion et digne de l'exorde! Quoi!

de ce que la régie a demandé, comme elle pourrait le faire encore, que son privilége fût consacré par des dispositions de loi plus précises que celles qui le règlent aujourd'hui, vous en concluez qu'elle a reconnu que ce privilége n'existait pas. En vérité, on croit rêver en lisant de pareils motifs qui blessent l'intelligence de tout disciple d'Aristote. N'est-il pas plus simple d'en conclure que la régie a voulu faire cesser les dissentiments que les dispositions de la loi actuelle font naître entre les auteurs et même entre les arrêts?

Il est très-vrai qu'un projet de loi sur les droits de mutation par successions ou par donations entre-vifs a été présenté à l'Assemblée nationale en 1848, et que ce projet contenait des dispositions sur le privilége et sur une hypothèque légale au profit du trésor, sur les biens des successions sujettes aux droits. Mais l'Assemblée ayant rejeté l'augmentation du droit proposé sur les immeubles en ligne directe, le projet a été retiré, sans que les dispositions relatives au privilége et à l'hypothèque légale aient été discutées. Nous verrons dans le paragraphe suivant ce qu'il faut penser de l'institution d'une hypothèque légale en cette matière.

Répondrai-je à cette objection que le privilége du trésor est injuste à l'égard des créanciers du défunt, et surtout de ses créanciers hypothécaires qui ne doivent pas souffrir des changements opérés dans la condition de leurs débiteurs, ni surtout des taxes variables selon le degré de parenté qui existe entre le défunt et ses successeurs? — C'est dire tout simplement que les créanciers ne doivent pas supporter les charges qui grèvent les biens affectés à leur sûreté; c'est comme si l'on disait que les impôts qui frappent les biens immeubles ne s'adressent pas aux biens eux-mêmes, et que les créanciers ne doivent pas s'attendre à ces charges. Les lois d'impôts sont comme les fléaux naturels, grêles, gelées, coulures, incendies, qui, tombant sur les biens, n'épargnent pas plus les créanciers que les débiteurs. Il y a bien longtemps que les jurisconsultes ont rangé le fait du prince, ou du législateur quel qu'il soit, parmi les cas de force majeure. Ils seraient vraiment bien heureux, messieurs les créanciers, s'ils avaient le privilége d'échapper à tous ces fléaux calamiteux!

§ 2. — De l'hypothèque de la régie de l'enregistrement.

La régie de l'enregistrement n'a pas seulement un privilége pour le recouvrement des droits de mutation par décès; dans mon opinion, elle a toujours à sa disposition une hypothèque générale sur les biens de ses redevables, à l'effet de se procurer le recouvrement des droits qui lui sont dus. Il est vrai que c'est encore là un avantage contesté à cette régie; on va juger si c'est à tort ou à raison.

Aux termes de l'article 64 de la loi du 22 frimaire an VII: « Le premier acte de poursuite pour le recouvrement des droits » d'enregistrement et le payement des peines et amendes pro- » noncées par la présente *sera une contrainte :* elle sera décer- » née par le receveur ou préposé de la régie; elle sera visée et » déclarée exécutoire par le juge de paix du canton où le bureau » est établi, et elle sera signifiée. »

Cette contrainte emporte-t-elle hypothèque générale sur les biens du redevable, comme le ferait un jugement aux termes des articles 1117 et 2123 du Code Napoléon? Telle est la question à résoudre.

Depuis une époque fort ancienne, nos lois ont dispensé l'État de recourir aux poursuites judiciaires et à l'obtention de jugements pour obtenir le payement des sommes à lui dues par ses débiteurs. Dans l'article 18 de l'ordonnance célèbre de février 1566 sur l'inaliénabilité du domaine, on lit : « Pour les » droits dépendants de notre domaine, sera et pourra être en » tous lieux et parlements procédé par saisie. » Il n'était pas nécessaire alors d'ajouter que la contrainte, en vertu de laquelle se faisait la saisie, emporterait hypothèque, puisque l'hypothèque était attachée à tout acte authentique, et que cette contrainte était bien certainement un acte authentique.

Ce droit de contrainte a été reproduit sous notre législation actuelle, en faveur des préposés des diverses administrations financières et du ministre des finances, leur chef, par une multitude de lois. — V. notamment les lois du 6-22 août 1791, tit. 13, art. 31 et 32, en faveur des préposés des douanes; du 19 août-12 septembre 1791, art. 4, en faveur des préposés de l'administration des domaines et de l'enregistrement; du 1er germinal an XIII, art. 43 et 44, en faveur des préposés des contributions indirectes désignées sous le nom de droits réunis;

des 12 vendémiaire et 13 frimaire an VIII, combinées avec l'arrêté des consuls du 18 ventôse de la même année, en faveur du ministre des finances.

Ces contraintes doivent-elles emporter hypothèque, indépendamment de l'exécution parée? Avant le Code civil, on pouvait soutenir l'affirmative en se fondant sur la loi du 28 octobre-5 novembre 1790, tit. 2, art. 14, portant : « Le ministère des » notaires ne sera nullement nécessaire pour la passation des» dits baux (ceux des biens domaniaux), ni pour tous les » autres actes d'administration. *Ces actes*, ainsi que les baux, » seront sujets au contrôle, et *ils emporteront hypothèque et* » *exécution parée.* »

Sous l'empire de la loi du 11 brumaire an VII, l'affirmative pouvait encore se soutenir en vertu de son article 3, suivant lequel l'hypothèque existait.....

« 2° Pour une créance résultant d'une condamnation judiciaire....;

» 4° Pour celles auxquelles la loi donne le droit d'hypothèque. »

On pouvait prétendre que les contraintes décernées par les administrateurs devaient produire, sinon l'hypothèque judiciaire, au moins l'hypothèque légale dans l'intérêt de l'État. Cela aurait fait difficulté.

La question présentait encore plus de difficultés après la promulgation du Code civil. Aussi fût-elle presque immédiatement soumise au conseil d'État, qui l'a résolue affirmativement par son avis du 16 thermidor an XII, approuvé par l'empereur le 25 du même mois, inséré au *Bulletin des lois*[1], ayant force législative, et qui est ainsi conçu :

« Le conseil d'État, après avoir entendu le rapport des sec» tions de législation et des finances sur le renvoi qui leur a été » fait de celui du ministre du trésor public, présentant la » question de savoir si le § 2 de l'article 3 de la loi du 11 bru» maire an VII sur le régime hypothécaire, et l'article 2123 du » Code civil des Français, qui accordait l'hypothèque aux *con*» *damnations judiciaires*, à la charge d'inscription, s'appliquent » aux actes émanés de l'autorité administrative;

» Considérant que les administrateurs auxquels les lois ont

[1] V. premier semestre de 1812, p. 282.

» attribué, pour les matières qui y sont désignées, le droit de » *prononcer des condamnations* ou *de décerner des contraintes*, » sont de véritables juges, dont les actes doivent produire les » mêmes effets et obtenir la même exécution que ceux des tri- » bunaux ordinaires;

» Et que ces actes ne peuvent être l'objet d'aucun litige de- » vant les tribunaux ordinaires, sans troubler l'indépendance de » l'autorité administrative, garantie par les Constitutions de » l'empire français;

» *Est d'avis :* 1° que les *condamnations*, les *contraintes éma-* » *nées des administrateurs*, dans les cas et pour les matières de » leur compétence, emportent hypothèque de la même manière » et aux mêmes conditions que celles de l'autorité judiciaire;

» 2° Que, conformément aux articles 2157 et 2159 du Code » civil des Français, la radiation non consentie des inscriptions » hypothécaires faites en vertu de *condamnations prononcées* ou » de *contraintes décernées* par l'autorité administrative, doit » être poursuivie devant les tribunaux ordinaires; mais que, » si le fond du droit y est contesté, les parties doivent être ren- » voyées devant l'autorité administrative. »

La question que nous examinons se réduit donc à savoir si l'avis ci-dessus est applicable aux contraintes décernées par les préposés de l'administration de l'enregistrement, en vertu de l'article 64 de la loi du 22 frimaire an VII. Il semble, à la lecture du texte qui précède, que l'affirmative ne saurait faire aucune difficulté, puisque ce sont des *contraintes décernées par des administrateurs dans les cas et pour les matières de leur compétence.*

Toutefois, la Cour de cassation en a jugé autrement par un arrêt du 28 janvier 1828, ainsi motivé : « Considérant que la » régie ne cite aucune loi qui attache le droit d'hypothèque aux » contraintes décernées par ses receveurs; — que l'avis du » conseil d'État, du 16 thermidor an XII, ne s'applique qu'aux » contraintes que les administrateurs ont le droit de décerner » en qualité de juges et sans que ces actes puissent être l'objet » d'aucun litige devant les tribunaux; — que l'avis du conseil » d'État, du 29 octobre 1811, ne dispose qu'en faveur de la » régie des douanes, et pour le cas où l'article 32, titre 13, de » la loi du 22 août 1791, lui donne, d'ailleurs, hypothèque sur » les biens des redevables; — d'où il suit que la régie de

» l'enregistrement ne peut exciper d'aucun de ces avis [1]. »

Nous verrons tout à l'heure si ces motifs sont fondés. Avant de les discuter, je dois dire que, l'année suivante, la même question s'est présentée devant la Cour de Lyon, qui l'a résolue dans un sens contraire par son arrêt du 7 août 1829, plaidants MM. Journel et de Marnas [2]. Il est vrai que cet arrêt a été rendu dans une espèce où il s'agissait de l'administration des contributions indirectes et non de celle de l'enregistrement; mais il est impossible d'imaginer une raison quelconque, si minime qu'elle soit, pour concéder l'hypothèque aux contraintes décernées par les préposés de l'une de ces administrations, et pour la refuser à celle des préposés de l'autre. Et ce qui rend l'arrêt de la Cour impériale de Lyon d'autant plus caractéristique, c'est que l'on voit dans le récit des faits que l'on se prévalait devant elle de l'arrêt émané de la Cour de cassation dans le cours de l'année précédente; par où il ressort que la Cour de Lyon ne s'est pas soumise à l'autorité de la Cour de cassation : ce qui affaiblit déjà singulièrement le précédent unique émané de cette dernière.

Cela posé, quel que soit le respect qu'inspirent et que méritent les décisions de cette Cour, il nous semble que son arrêt ci-devant transcrit n'est conforme ni au texte ni à l'esprit de l'avis législatif du 16-25 thermidor an XII. Le seul motif donné par la Cour de cassation est que cet avis ne s'applique *qu'aux contraintes que les administrateurs ont le droit de décerner en qualité de juges et sans que ces actes puissent être l'objet d'aucun litige devant les tribunaux.*

Il est manifeste, ce me semble, qu'il suffit de jeter les yeux sur le texte de l'avis pour voir que sa portée est générale, et qu'il s'applique aussi bien aux *contraintes décernées* qu'*aux condamnations prononcées* par les administrateurs. On rencontre trois fois la répétition de cette double terminologie : dans le premier motif de l'avis, il est question du droit *de prononcer des condamnations* ou *de décerner des contraintes;* dans le n° 1er du dispositif de l'avis, il mentionne les *condamnations* et les *contraintes* émanées des administrateurs; dans le n° 2, il s'explique également sur les *condamnations prononcées* et les *contraintes décer-*

[1] V. Sir.-Devill., 1828, 1, 126.
[2] V. *ibid.*, 1829, 2, 339.

nées par l'autorité administrative. Il est impossible de prendre plus de soin que ne l'a fait cet avis pour empêcher la confusion des simples *contraintes* avec les *condamnations* administratives. Et cependant, d'après la Cour de cassation, l'avis ne s'applique qu'*aux contraintes que les administrateurs ont le droit de décerner en qualité de juges.* S'il en était ainsi, ces contraintes ne seraient que des condamnations proprement dites, et la portée de l'avis ne s'appliquerait qu'aux jugements administratifs, tels que ceux des conseils de préfecture, du conseil d'État et de la Cour des comptes, et l'expression *contraintes décernées*, employée à satiété dans l'avis, n'aurait aucune espèce de portée ni d'application.

Il suffit d'avoir la moindre notion des lois administratives et du sens des mots qu'elles emploient, pour savoir que le mot *contrainte* a une toute autre signification que le mot *condamnation*, et qu'il s'emploie pour les actes des administrateurs autorisant la voie d'exécution parée. Restreindre la portée de ce mot *contrainte*, comme l'a fait la Cour de cassation, c'est lui enlever toute espèce de signification et le réduire à rien. Je demande, en effet, quelles sont les espèces de contraintes, autres que les condamnations administratives, qui devront emporter l'hypothèque générale, aux termes de l'avis du 16-25 thermidor an XII? Je n'en vois plus d'aucune sorte.

Suivant M. Valette, « l'avis de thermidor an XII s'applique » sans difficulté aux contraintes relatives aux contributions *di-* » *rectes*, c'est-à-dire à celles qui se perçoivent d'après des » rôles administratifs dressés par les agents de l'administration; » nul doute que les contraintes de cette nature n'emportent » hypothèque au profit du trésor; elles réunissent bien tous les » caractères indiqués par l'avis de thermidor an XII; elles sont » émanées des administrateurs, *dans les cas et pour les matières* » *de leur compétence, et elles ne peuvent être l'objet d'aucun li-* » *tige devant les tribunaux ordinaires*, en ce sens que la justice » civile n'a aucun droit de révision et de contrôle sur une » *répartition* d'impôt effectuée au moyen de rôles administratifs » arrêtés et déclarés exécutoires par l'administration. Il en est » de même dans tous les autres cas où l'administration a seule et » exclusivement le droit de statuer sur les créances de l'État[1]. »

[1] V. *Revue du droit français*, année 1847, t. IV, p. 835.

Je regrette beaucoup d'être en dissentiment d'opinion avec mon honorable confrère M. Valette, pour lequel j'ai autant d'estime que d'affection; mais ce qu'il dit au sujet des contraintes en matière de contributions *directes* me semble une erreur complète. Pourquoi cela? C'est, comme j'en ai fait la remarque dans mes *Questions et traité de droit administratif*, p. 444, que l'acte dont nous parlons, bien que désigné sous le nom de *contrainte*, n'en a que le mot et non la chose; en réalité ce n'est qu'une injonction adressée à l'agent y désigné de se transporter à la résidence du percepteur, à l'effet d'exercer des poursuites contre les redevables en retard (V. le modèle à la suite du règlement du ministre des finances, du 21 décembre 1839[1]). L'acte exécutoire, en vertu duquel le commandement et, au besoin, les actes de poursuites ultérieures ont lieu, est le rôle nominatif arrêté par le préfet. Aussi la Cour de cassation, dans une autre circonstance, ne s'y est-elle pas trompée et a-t-elle jugé, avec raison, que le commandement à la requête du percepteur est valable, bien qu'il ne contienne pas la copie de la contrainte, s'il contient copie du rôle en ce qui concerne le contribuable[2].

[1] Voici cette formule rédigée par le ministre des finances, et qui se trouve à la suite de la grande instruction du 17 juin 1840, en 2011 articles, p. 746, édition in-folio de 1840, à l'imprimerie royale :

« Le receveur des finances soussigné, vu l'état ci-dessus des contribuables » retardataires, au nombre de , de la perception de , *en-* » *joint au sieur , porteur de contraintes*, commissionné par M. le » préfet, *de se transporter à la résidence du sieur , percepteur*, à » l'effet d'exercer, contre ceux des redevables ci-dessus dénommés qui ne se » seraient pas libérés à son arrivée, les poursuites par commandement, et » de procéder ultérieurement, au besoin, par voie de saisie, en exécution de » l'article de l'arrêté de M. le préfet, à la charge de faire viser le présent » par le maire ou son adjoint. »

Il est de toute évidence qu'un pareil acte n'est pas de nature à conférer une hypothèque. Aussi l'opinion que j'exprime est-elle donnée comme certaine par M. Durieu, chef de la section administrative des communes et des hospices au ministère de l'intérieur, et bien placé pour connaître la pratique de ces sortes de matières. Voici ce qu'il dit à ce sujet dans ses *Poursuites en matière de contributions directes*, t. I, p. 466 : « Mais on ne saurait aller » jusqu'à attribuer aux contraintes décernées par les receveurs des finances, » en matière de contributions directes, tous les effets indiqués dans l'avis » sus-relaté. Ainsi, ce serait une erreur de croire qu'elles pourraient em- » porter hypothèque. »

[2] V. C. cass., 12 février 1845; Devill., 45, 1, 222.

Est-il vrai, d'ailleurs, que l'avis du 25 thermidor an XII s'applique exclusivement aux cas où le fond du droit serait de la compétence de l'autorité administrative? C'est ce que la Cour de cassation a supposé dans son arrêt de 1828, et telle paraît être également l'opinion de M. Valette, d'après le passage transcrit ci-dessus. Cette appréciation repose sur une interprétation très-inexacte, selon moi, de passages de l'avis précité, notamment de la phrase qui le termine, et suivant laquelle, « si le » fond du droit y est contesté (devant les tribunaux), les parties » devront être renvoyées devant l'autorité administrative. »

Ce passage, ainsi que le deuxième motif de l'avis, doivent s'entendre *positis ponendis*, c'est-à-dire que les tribunaux ne pourront pas empiéter sur les attributions de l'autorité administrative, toutes les fois qu'ils sont appelés à statuer sur des questions préjudicielles se rattachant à ces sortes de contraintes administratives. Mais conclure de là que les contraintes ne pourront jamais intervenir sur des matières dont les contestations touchant le fond du droit appartiendraient aux tribunaux judiciaires, c'est tirer une conséquence qui n'est certainement pas dans les prémisses.

En veut-on une preuve irréfragable? Elle ressort avec évidence d'un autre avis du conseil d'État, du 29 octobre 1811, qui fait en quelque sorte corps avec celui de l'an XII, et qui est imprimé à la suite du premier dans le *Bulletin des lois*, bien que leur date respective soit éloignée de plusieurs années. On demande au conseil d'État s'il peut être pris inscription hypothécaire en vertu des contraintes que l'article 32 de la loi du 22 août 1791 autorise l'administration des douanes à décerner pour le recouvrement des droits dont il est fait crédit. Que répond le conseil d'État? Il vise le texte de l'avis du 25 thermidor an XII, puis il ajoute :

« Considérant que la question proposée par le ministre est » décidée par l'avis précité, mais que cet avis n'a point été in- » séré au *Bulletin des lois*, et qu'il est nécessaire de lui donner » la publicité légale, afin que les parties intéressées en aient » connaissance;

» Est d'avis que des ordres soient donnés par sa majesté pour » que l'avis du conseil approuvé le 25 thermidor an XII, soit » inséré au *Bulletin des lois.* »

Tout le monde sait que les contestations relatives aux droits

de douanes appartiennent aux tribunaux judiciaires. Cette considération a-t-elle empêché le conseil d'État de décider que l'avis du 25 thermidor an XII est applicable aux contraintes les concernant? Nullement. Supposons que la question soumise au conseil d'État relativement aux droits de douanes ait été portée devant la Cour de cassation avant l'avis du 29 octobre 1811, cette Cour aurait eu, pour résoudre les questions d'hypothèque, toutes les raisons invoquées par elle dans son arrêt de 1828, et elle aurait eu de moins contre elle l'argument tiré de l'avis de 1811; et cependant elle se serait trompée, ainsi que le prouve ce dernier avis : donc elle se trompe manifestement quand elle refuse l'hypothèque aux contraintes de la régie; car il est impossible d'imaginer une seule raison de différence entre ces deux espèces de contraintes.

Que signifient maintenant les motifs tirés de ce que l'avis du 25 thermidor an XII ne doit s'appliquer qu'aux contraintes décernées par les administrateurs *en qualité de juges, et sans que ces actes puissent être l'objet d'aucun litige devant les tribunaux?* Est-ce que les préposés des douanes qui délivrent des contraintes sont plus juges que les préposés de l'enregistrement, qui en décernent pour le payement des droits d'enregistrement? Est-ce que les contraintes pour droits de douanes sont plus ou moins soumises à la compétence judiciaire que celles pour droit d'enregistrement? Non, évidemment : donc si l'avis du 25 thermidor an XII s'applique aux premières, il doit également s'appliquer aux secondes.

N'y a-t-il pas au fond les mêmes motifs? Est-ce que les droits d'enregistrement ne sont pas aussi précieux et aussi favorables que les droits de douanes? Est-ce que les uns, comme les autres, ne sont pas des variétés de contributions indirectes? On veut restreindre la portée de l'avis de l'an XII aux contraintes en matière de contributions *directes* : or nous avons vu qu'à cela il n'y a qu'un petit empêchement, c'est qu'il ne s'applique en aucune façon à ces sortes d'actes qu'on appelle improprement du nom de *contraintes*. Que deviendrait alors la portée de cet avis, dont les termes sont si généraux? Suivant la Cour de cassation, il ne s'appliquerait pas aux droits d'enregistrement; elle devrait, pour être conséquente, en refuser l'application aux contributions directes; j'ai prouvé qu'il est étranger aux contributions directes. De tous les impôts il ne protégerait donc que

les droits de douanes, et cela contrairement aux principes consacrés par l'arrêt de 1828, puisque ces contraintes ne sont pas prononcées par les préposés des douanes *en qualité de juges*, et qu'elles peuvent être l'objet de contestations de la compétence des tribunaux judiciaires.

J'ai peine à comprendre comment la Cour de cassation et les personnes qui s'occupent ordinairement du droit civil, refusent l'hypothèque aux contraintes de l'enregistrement et des contributions indirectes, c'est-à-dire aux actes rentrant, quant au fond, dans la compétence judiciaire, et pourquoi elles voudraient en réduire l'effet aux actes qui appartiennent, quant au fond, à la compétence administrative; car enfin, les contraintes de la régie de l'enregistrement et des domaines sont visées par un magistrat judiciaire, savoir : celles des receveurs de l'enregistrement par un juge de paix (L. 22 frimaire an VII, art. 64), et celles des directeurs des domaines par le président du tribunal civil d'arrondissement (L. 19 août-12 septembre 1791, art. 4), comme celles des préposés des douanes sont visées par le juge de paix (L. 14 fructidor an III, art. 10). Or cette attache d'un magistrat judiciaire est un *acte judiciaire* qui a la force d'un *pareatis*. Qu'y a-t-il d'étonnant, dès lors, que l'avis du 25 thermidor an XII ait attribué à ces contraintes l'effet que l'article 2117 C. Nap., qui est la loi commune, définit comme étant « celle qui résulte des jugements ou *actes judiciaires?* » Bien loin donc de voir, avec la Cour de cassation et avec M. Valette une raison pour refuser l'hypothèque aux contraintes administratives visées par des magistrats judiciaires, je vois une raison bien plus forte d'appliquer l'avis du conseil d'État de l'an XII à ces sortes de contraintes; et j'ai pour moi l'autorité capitale du conseil d'État d'où est émané cet avis, puisqu'il l'a interprété dans mon sens par un second avis du 29 octobre 1811. Je dis l'*autorité capitale*, et par un double motif, savoir : 1° que personne ne peut mieux connaître le sens du premier avis du conseil d'État que le corps même de qui il était émané; 2° que ces deux avis ont force d'interprétation législative, et non pas de simple interprétation doctrinale. Aussi suis-je convaincu que, si la question que je discute pouvait aboutir au conseil d'État, elle n'arrêterait pas deux minutes ses délibérations.

Si nous recourons aux considérations, elles sont toutes-puissantes en faveur de notre opinion. Accorder aux contraintes en

matière d'enregistrement l'exécution parée, et leur refuser l'hypothèque, c'est ne leur attribuer que la moitié des effets d'un jugement, et ne remplir que la moitié du but que s'est proposé le législateur dans l'intérêt de l'État, en permettant à ses agents de lui délivrer sans frais et sans perte de temps des titres provisoires, qui devraient produire les mêmes effets que les jugements provisoires.

Il n'en est pas de ces sortes d'hypothèques comme de l'hypothèque légale que demandait la régie de l'enregistrement à l'Assemblée nationale, en 1848. Cette hypothèque légale, ainsi que l'a remarqué avec justesse la commission chargée d'examiner ce projet de loi, « serait une entrave sérieuse pour le crédit de » l'héritier, puisqu'elle pourrait être maintenue jusqu'à l'expi- » ration des actions en recherche reconnues à l'administration » de l'enregistrement par l'article 61 de la loi de l'an VII sur » notre matière[1]. » Ces considérations, qui étaient vraies alors que la prescription la plus longue fixée par la loi de l'an VII ne s'étendait qu'à cinq ans, auraient bien plus d'importance aujourd'hui, depuis que les prescriptions de trois et de cinq ans établies par cette loi, ont été étendues à cinq ans et à dix ans par l'article 11 de la loi du 18 mai 1850, et même portées à trente dans l'hypothèse réglée par l'article 26 de la loi du 8 juillet 1852, où il s'agit de la transmission par décès de rentes sur l'État.

Cet inconvénient n'est point à craindre pour l'hypothèque attachée aux contraintes en vertu de l'avis du 25 thermidor an XII. Si le prétendu redevable soutient ne rien devoir, il peut former opposition à la contrainte avec assignation à jour fixe devant le tribunal (L. 22 frimaire an VII, art. 64); l'affaire sera instruite et jugée avec les formes extrêmement rapides et sommaires établies par la même loi; le tribunal ne pourra accorder un délai de plus de trente jours (art. 65, *ibid.*). S'il obtient gain de cause, il fera rayer l'inscription de la régie, nonobstant le pourvoi de celle-ci en cassation, seule voie que le même article déclare admissible, et dont l'emploi n'est point suspensif. Si, au contraire, c'est la régie qui obtient gain de cause, elle aurait toujours, d'après le droit commun, une hypothèque judiciaire en vertu de son jugement (art. 2117 et 2123 C. Nap.).

[1] V. *Moniteur* du 5 septembre 1848, p. 2306, col. 1.

L'hypothèque attachée à la contrainte n'aura précédé que d'environ un mois celle attachée au jugement; de la sorte, quoi qu'il arrive, l'hypothèque dérivant de la contrainte n'offre que des avantages, en prévenant des aliénations frauduleuses de la part des redevables, et ne peut leur causer aucun préjudice sérieux. Tout se réunit donc, moyens juridiques et moyens de considérations, pour repousser l'autorité de la décision échappée à la sagesse de la Cour de cassation le 28 janvier 1828; et la régie pourrait et devrait reproduire, selon moi, la même question avec le plus grand espoir de succès. SERRIGNY.

NÉCROLOGIE.

M. A. M. DEMANTE.

La science et la Faculté de droit de Paris viennent de perdre l'une de leurs gloires. M. Demante, que ses travaux et ses leçons sur le Code civil avaient placé au rang de nos plus éminents jurisconsultes, est mort laissant après lui un nom dont le souvenir sera durable, autant qu'il a été célèbre dans l'enseignement.

M. Oudot, qui fut l'élève de Demante avant d'être son collègue à la Faculté de droit de Paris, a été le digne interprète des regrets universels en disant, sur la tombe de ce maître, ce que fut cette vie laborieuse, et comment elle a été noblement remplie. Nous ne saurions mieux faire, en nous associant à ce juste tribut d'éloges et de regrets, qu'emprunter à M. Oudot quelques-unes des paroles qu'il a prononcées.

« Né à Paris le 26 septembre 1789, fils d'un des docteurs agrégés de notre ancienne Faculté, qui fut depuis président du tribunal de Louviers, Antoine-Marie Demante devint élève du lycée impérial de Louis-le-Grand. Là les succès ne manquèrent pas à son travail, et les fidèles amitiés du collége ne firent pas non plus défaut à son excellent cœur. Il eut de chers condisciples et des meilleurs. Il vit avec une vive sympathie grandir les destinées de ses amis d'enfance. A côté de lui, Villemain illustra son nom; à côté de lui, les Hardoin, les Ducaurroy, les Gossin, les Legrand, bien d'autres encore, prirent un rang

élevé dans la magistrature, l'enseignement, l'administration et le barreau.

» Quant à lui, c'était vers les études théoriques du droit qu'il se sentait entraîné. Le 26 juin 1819, vainqueur dans un concours, il fut nommé à l'unanimité professeur suppléant à la Faculté de droit de Paris. Puis, après quinze mois d'enseignement, il fut appelé, le 11 décembre 1821, à une chaire de nouvelle création.

» Cette chaire était celle du Code civil. Dès ce moment, tous les efforts de son ambition furent consacrés à l'analyse approfondie de ce code. Nous le savons tous, il fit faire à l'étude des lois françaises un pas immense. Au souvenir de son nom se rattachent une foule de théories créées par lui, un nombre considérable d'ingénieuses explications qu'il a popularisées. Grande était l'autorité qui s'attachait à ses décisions; nul jurisconsulte n'était indifférent au choix qu'avait fait M. Demante entre des opinions controversées.

» Prodigue des trésors qu'il amassait, avec quelle complaisance ne mettait-il pas toutes ses notes à la disposition de ses jeunes collègues! Son désintéressement s'empressait de leur fournir les moyens de le surpasser, s'il était possible.

» A côté du professeur consciencieux qui multipliait pour ses élèves les leçons supplémentaires, on trouvait l'examinateur patient, sévère sans rigueur et bienveillant sans flatterie. On trouvait aussi le juge scrupuleux des concours, balançant, pendant les méditations du jour et pendant les insomnies de la nuit, les mérites des candidats, et sachant sacrifier ses amitiés les plus chères pour mettre dans l'urne l'inflexible suffrage que dictait la justice.

» M. Demante a ainsi, pendant trente-six ans, consacré sa vie à l'enseignement oral. Mais cet enseignement n'absorbait pas toute son activité. Le mouvement que, conjointement avec ses amis, jeunes professeurs comme lui, il imprimait à la science dans l'amphithéâtre, il le continuait dans la *Thémis*. Bien des articles excellents, dus à sa plume, ont rempli ce recueil, consacré aux progrès de la doctrine; d'autres articles ont enrichi diverses autres revues de jurisprudence.

» Son *Programme du cours de droit civil* en trois volumes est devenu, pendant de longues années, le guide des élèves réunis autour de sa chaire.

» Enfin, trop tard pour la science, il a commencé à publier son principal ouvrage, le *Cours analytique du Code Napoléon*. C'était un monument nouveau élevé au droit, et il faut regretter amèrement qu'il n'ait pu l'achever. Les volumes qu'il nous laisse de ce *Cours analytique* se placeront dans toutes nos bibliothèques.

» Les jurisconsultes trouveront le plus grand profit dans ce résumé des travaux de toute la vie de M. Demante. Hélas! notre cher collègue prévoyait qu'il ne pourrait y mettre la dernière main. Il y a un an à peine, je m'en souviens, il m'exprimait la crainte d'être empêché par la fatigue et la maladie de le continuer aussi longtemps qu'il l'eût désiré.

» Quel que fût son dévouement aux études théoriques, il conservait pour les travaux du barreau une vive sympathie. Son titre d'avocat lui était précieux. Une cordiale confraternité se rattachait à ce titre dans son cœur, et, au sein de la commission des hautes études, où il fut appelé, il s'indignait quand des projets de loi proposaient de déclarer l'incompatibilité du professorat et de la plaidoirie.

» Nommé d'abord chevalier de la Légion d'honneur, il fut promu au grade d'officier le 6 mai 1846.

» L'année 1848 arriva. Alors, il fut, pendant trois ans, non pas séparé de ses élèves (car il continua son cours), mais du moins distrait de ses travaux de publication par l'accomplissement d'une mission plus sacrée. Membre de l'Assemblée constituante, puis de l'Assemblée législative, il accepta par dévouement ces fonctions dévorantes, qui ont probablement abrégé sa vie. Père de six enfants, il n'hésita pas à sacrifier à l'intérêt public l'intérêt de sa famille. Du reste, on le vit remplir le mandat législatif avec cette même inaltérable constance, cette consciencieuse assiduité, cette infatigable attention qu'il a apportées à l'accomplissement de tous ses devoirs. Toujours à son poste, soit aux séances publiques, soit aux débats des commissions, le savant jurisconsulte prit grande part à la rédaction des lois de droit privé.

» C'est à son initiative qu'on doit la réforme de l'article 312 du Code Napoléon. Président des commissions nommées pour préparer la loi hypothécaire et la loi du crédit foncier, chargé d'un rapport sur la suppression de la mort civile, membre de la commission qui a rédigé avec tant de soin la loi sur l'assistance

judiciaire, il a grandement contribué à jeter les bases des dispositions législatives qui ont statué sur ces points importants.

» J'ai parlé du professeur et du représentant dévoué ; mais le culte de la science et celui du bien public lui laissaient encore des loisirs pour consacrer des heures nombreuses aux soins minutieux de la charité. Membre du bureau de bienfaisance, président de la société de secours mutuels de saint François Xavier, il avait réservé une part de son cœur au soulagement des infortunes ignorées.

» Les forces ont leurs limites, et le corps se brise dans les efforts du dévouement. En vain, par la sagesse constante de ses habitudes, il avait prolongé une existence qu'une santé faible menaçait d'abréger; l'heure de la fatigue est arrivée, et notre cher collègue l'a vue venir avec la résignation vraie du sage et du chrétien!

» Il est resté debout jusqu'au dernier moment. Bien peu de temps avant sa mort, sa voix énergique retentissait encore dans sa chaire et aux examens, et sa pensée restait lucide comme aux jours de sa jeunesse.

» Sa mémoire, toujours chère, planera sur sa famille, où les vertus et la science sont héréditaires. Elle vivra toujours dans la Faculté de droit de Paris... »

BIBLIOGRAPHIE.

NOUVEAU CODE ANNOTÉ DE LA PRESSE,

Ou Concordance synoptique et annotée de toutes les lois sur l'imprimerie, la librairie, la propriété littéraire. la presse périodique, le colportage, l'affichage, le criage, les théâtres, etc., depuis 1789 jusqu'à 1856, etc.; par Gustave Rousset, ancien magistrat.— 1 vol. in-4°. Prix : 12 francs.— Paris, Cosse, 27, place Dauphine.

Article de M. Ch. Berriat-Saint-Prix, substitut du procureur général à la Cour de Paris.

Les très-excellents Codes annotés de M. Gilbert présentaient une regrettable lacune; on n'y trouvait pas les lois sur la Presse qui sont d'une application si journalière. Cette lacune vient

d'être remplie par M. Rousset, qui n'a pas reculé devant le travail immense et ardu que demandait une telle application. Ici, le commentaire n'était pas, comme dans les Codes-Gilbert, la partie la plus essentielle du livre; c'était le texte et sa codification intelligente, destinée à faciliter au lecteur l'accès de cette législation arrivée presque à l'état de chaos, par suite d'abrogations incomplètes, de changements partiels, d'additions, de remises en vigueur morcelées : inévitables résultats de gouvernements, d'époques, de systèmes divers et de leurs besoins du moment.

Aussi les magistrats, les avocats les plus familiarisés avec l'étude des lois, éprouvaient-ils des hésitations incessantes lorsqu'il s'agissait d'appliquer un texte de la presse; le texte invoqué par eux ou devant eux était-il bien le véritable sous le rapport de l'autorité? Étaient-ils eux-mêmes assurés qu'un autre texte en vigueur, tapi au fond de quelque article oublié d'une loi antérieure, ne viendrait pas, après la plaidoirie ou le jugement, offrir une incrimination différente ou bien une autre pénalité? L'ouvrage de M. Rousset diminuera beaucoup ces embarras, s'il ne les fait pas entièrement disparaître. Ce n'est pas seulement un Code, c'est une *Synopsis* de la presse, qui saisit l'œil du lecteur, sur le même droit, le même devoir, la même faute en cette matière, de tous les textes qui ont été édictés depuis 1789, imprimés sur une ligne horizontale, en *italiques* lorsque la disposition est abrogée, et groupés par époques principales : 1789, 1815, 1820, 1825, 1830, 1848, 1850. Après les colonnes distinctes destinées à ces sept époques, il y en a une huitième pour la presse en *Algérie*, et une neuvième qui est ouverte aux modifications et aux annotations ultérieures. De plus, lorsque le droit ancien offre quelque texte intéressant, au point de vue historique, ce texte est recueilli dans une colonne qui précède toutes les autres.

Au bas des pages est placé le commentaire qui comprend près de *huit cents* notes, et où l'on trouve, fidèlement analysées, l'opinion des auteurs, la jurisprudence des Cours, la discussion des projets de loi aux Chambres.

Tel est le plan de la partie la plus essentielle du livre; voici maintenant les divisions de l'ouvrage tout entier.

Dans l'*Introduction*, l'auteur esquisse, à grands traits, l'histoire de la législation de la presse de 1554 à 1854.

Vient ensuite le Code qui comprend quatre livres.

Le *premier* est consacré aux principes sur la liberté de la presse et aux restrictions de cette liberté : censure, autorisations préalables, etc.

Le *deuxième* est relatif : 1° à l'imprimerie proprement dite, à ses obligations et à ses manquements ; 2° à la librairie ; 3° à la presse périodique et aux journaux, depuis les obligations des propriétaires et gérants jusqu'aux droits de timbre et de poste ; 4° aux dessins, gravures, médailles ; 5° aux agents de publication : afficheurs, vendeurs, etc. ; 6° aux théâtres et aux œuvres dramatiques.

Le *troisième* livre traite des crimes, délits et contraventions de la presse et autres moyens de publication ; matière importante et difficile, qui est classée et élucidée d'une manière très-remarquable.

Dans le *quatrième* livre, il est question de la poursuite, de l'instruction et du jugement.

Un appendice contient la législation et la jurisprudence en matière de colportage ; — les circulaires ministérielles, — et le catalogue des *ouvrages condamnés* de 1814 à 1850.

Le volume est terminé par des tables analytiques et alphabétiques des crimes, délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse, et par un recueil chronologique de tous les textes, en matière de presse, depuis l'édit du 23 février 1723 jusqu'à la loi du 5 mai 1855. — Dans ce recueil, les articles abrogés sont indiqués, et il y a de très-nombreux renvois des textes aux endroits de l'ouvrage où il en a été question.

Ces détails, quoique succincts, donneront une idée de l'importance, de l'étendue et du classement du travail de M. Rousset. Je regrette que l'espace me manque pour faire mieux connaître, par des exemples, cette ingénieuse synopsie et son très-bon commentaire. Dans mon opinion, le *Nouveau Code annoté de la Presse* a, dès à présent, sa place marquée à la suite des Codes-Gilbert.

CH. BERRIAT-SAINT-PRIX.

CHRONIQUE.

L'arrêté qui a institué les concours d'agrégation pour la Faculté de droit vient de recevoir sa première application devant la Faculté de Paris.

Les épreuves commencées le 3 novembre 1856 ont été terminées le 26 décembre suivant.

Voici le discours prononcé le 5 novembre, à l'ouverture des séances publiques, par M. l'inspecteur général F. Laferrière, membre de l'Institut, président du jury de concours, et dans lequel sont indiqués l'esprit de l'institution et le caractère nouveau des concours :

« Messieurs, le concours devant les Facultés de droit ne pouvait pas périr : il avait été lié à leur existence par la main puissante qui avait fondé l'Université de France, et l'idée de sa suppression ne s'était jamais présentée à l'esprit éclairé du ministre, si justement regretté, qui a présidé aux destinées de l'enseignement public depuis 1852, rendu à l'Université son nom antique et glorieux, et raffermi l'autorité morale qui assure le succès de sa grande et nationale mission.

» Le concours, après quatre ans d'intervalle, revient aux Facultés de droit avec un caractère nouveau, mais qui tient aux traditions du passé et aux pratiques éprouvées de notre temps.

» L'agrégation n'est pas un nom inouï dans le régime de ces Facultés. L'École de droit de Paris, qui, avant 1789, comptait six professeurs de droit romain ou de droit canonique, nommés au concours, un seul professeur de droit français, institué directement par le roi, avait *douze agrégés* élus au concours, dont l'origine remontait au grand siècle, à l'édit de Colbert du 6 août 1682 ; et si, vers la fin XVIIIe siècle, il restait encore quelque étincelle de vie dans l'ancienne école, c'était surtout au sein des agrégés, jeunes docteurs qui communiquaient à la science languissante du *Collegium sexvirale* [1] quelque rayon de leur âme, quelque étincelle de leur jeunesse.

» L'institution actuelle des agrégés dans les Facultés de droit de l'empire n'est pas un remède *héroïque* apporté à l'enseignement du droit. Grâce à Dieu, et à nos savants professeurs, l'enseignement juridique n'a pas besoin de ces remèdes dangereux : il est plein de vie. Les Facultés, qui sont si dignement représentées dans cette enceinte par plusieurs de leurs chefs, savent que les études sont sérieuses et régulières ; que les habitudes de la jeunesse des Écoles sont généralement laborieuses, et les concours du doctorat, ainsi

[1] Titre donné à la Faculté à cause des six professeurs originaires, et conservé même après la création de la septième chaire pour le professeur *royal* de droit français (voir le registre de la Faculté, an 1763, f°s 520).

que la rédaction remarquable des thèses de docteurs, témoignent d'un progrès qui est à l'honneur de la science et de l'enseignement.

» L'agrégation nouvelle est instituée, messieurs, pour s'associer très-activement à ce progrès; elle a pour but de préparer et de mettre en lumière les fortes et véritables vocations pour le professorat. Les agrégés, dans le système actuel d'organisation, sont les futurs professeurs : les exceptions à cette règle générale seraient des cas rares et extraordinaires. Sous le régime antérieur des concours, où les deux degrés existaient à l'entrée et au milieu de la carrière, le suppléant reçu après un premier concours avait en perspective, non le professorat lui-même comme récompense directe de ses travaux et de ses services, mais un second concours et toutes les incertitudes attachées à de nouvelles épreuves, où de simples docteurs venaient lui disputer le prix et pouvaient sortir vainqueurs de la lutte. Dès lors, l'une des principales occupations du suppléant était de se tenir en haleine pour ces épreuves de l'avenir; et ce qui avait été, dans sa jeunesse, une préparation féconde, une excitation propre à mettre toutes ses facultés en jeu, devenait dans son âge mûr une préoccupation grave et triste, une entrave aux libres travaux entrepris pour le seul intérêt de la science, intérêt sublime qui appelle à sa suite la satisfaction des intérêts d'un ordre inférieur.

» L'esprit de l'institution nouvelle est généreux. Vous ne serez jamais condamnés, messieurs les candidats, à consumer votre esprit et vos forces dans des exercices scolastiques, dans des préparations tardives, ou à vieillir dans des suppléances permanentes pour y trouver le terme fatal d'une vie d'études, le tombeau de légitimes espérances.

» L'agrégation vous rend votre liberté en vue de la science; elle vous présente le professorat comme le prix de vos services et des travaux spontanés auxquels vous pourrez consacrer vos loisirs et les longues pensées.

» Ce n'est pas tout, messieurs; l'organisation nouvelle donnera aussi des garanties contre des erreurs de vocation. On se trompe quelquefois sur ce point délicat; l'homme jeune peut se fier d'abord à certaines aspirations qui l'appellent vers l'enseignement; mais après s'être éprouvé à la réalité des faits pendant un certain nombre d'années, il s'apercevra peut-être qu'il n'a pas choisi la route la plus sûre, la plus appropriée aux dispositions de son esprit. Il était bien difficile, dans l'ancien état de choses, de retourner sur ses pas, d'avouer son erreur, de reconnaître que la carrière choisie comme définitive ne convenait pas au véritable instinct de sa nature : l'issue alors se trouvait, pour ainsi dire, fermée. — Dans l'institution qui commence, l'agrégé des Facultés de droit aura dix ans devant lui pour éprouver la vérité de sa vocation; mais il n'aura pas besoin d'attendre ce terme pour se connaître lui-même; et s'il sent qu'il n'a pas reçu *du ciel l'influence secrète*, il pourra se diriger vers le barreau ou la magistrature pour y occuper une place honorable. Un agrégé, messieurs, n'entrera dans nos Facultés de droit qu'après des épreuves difficiles, maintenues à une juste hauteur par le jury de concours, et propres à donner des garanties complètes de savoir et d'habitudes morales. Son admission dans le corps des agrégés sera un titre, un honneur qui le recommanderont d'avance à l'attention de ses concitoyens et à la bienveillance de la magistrature qui, noblement représentée, et associée pour une part légitime au jugement des épreuves, sera heureuse d'accueillir

dans les Cours de justice ces docteurs agrégés qui auront en pleine possession la science et l'amour du juste. Rien n'empêchera, pendant l'agrégation en exercice, ceux de nos jeunes agrégés dont la vocation pour l'enseignement ne sera pas irrésistible, de suivre le barreau, de fréquenter, comme auditeurs, les Cours judiciaires, et de se préparer, par une sage alliance de la théorie, que donne le doctorat, et de la pratique des affaires, que procure la fréquentation des tribunaux, une issue aussi honorable que le professorat lui-même. Quant à ceux qui porteront en leur âme la grande vocation pour l'enseignement, ils n'auront rien à craindre : l'expiration des dix années d'exercice ne sera pas pour eux un terme fatal; et l'administration supérieure, qui a le devoir d'entourer le professorat de la plus éclatante considération, s'empressera de retenir et de conserver en activité ceux que leurs travaux et leurs services auront destinés d'avance au noble héritage des chaires vacantes.

» Ainsi, messieurs, l'agrégation, telle qu'elle a été comprise depuis longtemps dans les conseils des hautes études et telle qu'elle est aujourd'hui inaugurée, offre aux docteurs qui entrent dans la lice des concours trois issues également favorables : le professorat, le barreau, la magistrature.

» La magistrature, dont l'alliance avec l'Université est une tradition précieuse, aujourd'hui ravivée et fortifiée par l'avénement d'un digne magistrat au gouvernement de l'instruction publique, aime à recevoir dans ses rangs les jeunes lauréats de nos Facultés. En 1840, un ministre de la justice, dont je fus le condisciple et l'ami, près duquel je me suis assis longtemps sur les bancs mêmes de cet amphithéâtre, l'honorable et regrettable M. Vivien, avait voulu établir comme une institution permanente ce lien d'honneur entre les Écoles de droit et la magistrature française. Les lauréats des Facultés, selon le texte de sa belle circulaire, sont des candidats désignés aux présentations des chefs de la Cour, en chaque ressort; et cette heureuse innovation a porté des fruits utiles et de nobles encouragements : avec quel empressement, avec quelle faveur le ministère de la justice, qui accueille de préférence nos docteurs lauréats, n'acceptera-t-il pas les candidatures bien plus recommandables encore qui se produiront par les concours d'agrégation? Dans ces épreuves figureront en grand nombre les lauréats des Facultés; nous en avons la preuve en ce moment, messieurs les candidats : parmi vous, sur les vingt concurrents nous comptons douze lauréats du doctorat, ayant obtenu la première médaille d'or. Les concours d'agrégation qui vont servir au recrutement du professorat pourront ainsi, à tous les titres, offrir une ressource favorable au recrutement de la magistrature, et la grande question du noviciat des magistrats se trouverait à peu près résolue en même temps que celle du noviciat des professeurs.

» Entrez donc, messieurs les candidats, avec confiance dans la carrière qui s'ouvre devant vous. Le concours au premier degré est une institution générale d'enseignement supérieur dont l'application aura désormais, dans les Facultés de droit, ses retours rapprochés et périodiques. L'administration universitaire, en vue de la périodicité qui doit s'unir à l'institution actuelle, n'a mis au concours qu'une partie des places vacantes dans les Facultés; elle veut, par une sage distribution des places d'agrégés, et en marquant un but prochain à l'activité des jeunes docteurs, entretenir le travail et le

courage de ceux qui auront déjà fait honorablement leurs premières armes, et susciter en faveur de l'enseignement des vocations nouvelles.

» Il faut, messieurs, pour satisfaire l'attente publique et répondre au génie de la France, qui a toujours réuni, comme le génie romain, les deux gloires de la guerre et du droit, il faut qu'un grand mouvement d'intelligence et d'émulation sorte de l'agrégation et des concours; que les docteurs agrégés se signalent à l'attention du gouvernement et aux sympathies de la jeunesse studieuse par des cours complémentaires où se produira l'originalité de leurs travaux et de leurs idées, et que de savantes publications révèlent la force des études juridiques et la puissance des conceptions, sans que nos agrégés cherchent cette rivalité du professeur *ordinaire* et du *privat doxent* que présentent quelquefois les universités allemandes. S'il convient que le docteur agrégé donne l'essor à sa pensée à côté du professeur titulaire, c'est à la condition de respecter toujours la dignité de l'âge, des fonctions, de la science elle-même : mais ce respect étant gardé dans l'enceinte de nos écoles, sachons aussi respecter la liberté des doctrines.

» La vie de la science ne peut pas être stagnante; elle a besoin non de l'agitation, qui lui serait funeste, mais du mouvement des esprits et des impulsions diverses de la pensée humaine. Ne craignons pas quelques hardiesses dans la science du droit civil. Celle-ci a des bases trop profondes et trop solides dans les vérités premières, dans les principes éternels du droit romain et du droit français, pour qu'elles soient ébranlées par quelques erreurs ou quelques témérités. La témérité dans nos écoles serait bientôt avertie de sa fausse direction, et elle ne serait jamais prise pour la science vraie, qui a son *criterium* dans le sentiment du juste et de l'injuste.

» Messieurs les candidats, vous êtes sur le seuil du temple; vous ne vous y arrêterez pas; vous apporterez votre pierre au développement, sinon à l'achèvement de l'édifice. Le droit est une science qui, malgré la stabilité de ses principes fondamentaux, est essentiellement progressive comme les institutions. L'édifice ne sera jamais achevé, parce qu'il se construit pour l'humanité qui marche incessamment vers l'avenir; mais ce sera toujours une grande et belle chose d'étudier et d'enseigner — la philosophie du droit, qui rattache la législation de l'homme à la loi de Dieu; — le droit positif, qui déclare et sanctionne les progrès de la société à son époque actuelle de civilisation; — et l'histoire du droit, qui embrasse le tableau des origines, des développements, des révolutions de la loi qui a *été faite*, en la comparant à la loi *qui est*, à cette loi immuable qui apparait également au jurisconsulte, au philosophe, à l'esprit religieux, à Ulpien et Paul, à Domat et Montesquieu, à Bossuet et Fénelon.

» Le jury central du concours d'agrégation, en qui se réfléchira désormais l'enseignement de toutes les Facultés de droit de l'empire unies à la magistrature, sera heureux de vous ouvrir une carrière où l'homme, en faisant des progrès dans la science, s'élève de plus en plus dans l'ordre moral. »

Les épreuves du concours d'agrégation ont été terminées, comme nous l'avons dit, le 26 décembre, et le jugement a été

rendu immédiatement après la dernière séance publique; la liste formée, d'après l'ordre de mérite, est ainsi composée :

MM. Bufnoir (Claude), — Labbé (Joseph-Émile), — Mugnier (Antoine-Alexis), — Guenée (Jacques-Hippolyte), — Vernet (Jean-François-Prosper), — Blondel (Blaise-François), — Beudant (Léon-Charles-Anatole), — Pison (Georges-Alexandre-Eugène), — Couraud (Pierre-Alexandre-Amédée).

Les concurrents nommés par le jury ont été institués agrégés près des Facultés de droit, par arrêté de M. le ministre de l'instruction publique et des cultes, en date du 29 décembre 1856; et par un autre arrêté, du 9 janvier 1857, ils ont été attachés à six Facultés, savoir : MM Bufnoir et Labbé à la Faculté de Paris; MM. Mugnier et Guenée à celle de Dijon; MM. Vernet et Beudant à celle de Toulouse; M. Blondel à celle de Rennes; M. Pison à celle d'Aix; et M. Couraud à celle de Grenoble.

Le jury a désiré qu'une liste de recommandation pour des suppléants provisoires ou des fonctions de l'ordre judiciaire fût soumise par le président des concours à M. le ministre, en faveur de ceux des candidats qui s'étaient le plus distingués dans les épreuves après les neuf agrégés.

CHRONIQUE ÉTRANGÈRE.

DROIT CIVIL ET COMMERCIAL.

La législation sur le mariage est soumise en ce moment à des courants contraires. Tandis que l'Angleterre a une tendance à séculariser les questions matrimoniales, témoin la réforme pendante devant le parlement qui centralise la procédure pour divorce devant une Cour métropolitaine, et la facilite en ce que dorénavant il ne faudra plus un acte du Parlement pour dissoudre le mariage; l'empereur d'Autriche, par patente impériale du 8 octobre 1856, vient d'abolir le mariage civil, et d'instituer des tribunaux ecclésiastiques pour juger toutes questions relatives au mariage entre catholiques.

Déc. 1856. — Le gouvernement prussien vient de présenter aux chambres une nouvelle loi sur le divorce. Les nombreuses causes de divorce qu'établissait *Landrecht* (art. 670 et suiv.) seront désormais réduites à deux, l'adultère et l'abandon non justifié du domicile conjugal.

Les divorcés coupables ne pourront se remarier pendant trois ans.

Les autres causes ne donneront lieu qu'à la séparation de corps, institution inconnue jusqu'ici en Prusse, et empruntée aux pays catholiques.

— L'Allemagne, qui en 1848 avait déjà fait des tentatives pour arriver à une législation commerciale uniforme, vient de reprendre ce travail.

D'un côté, la diète germanique avait adopté, dans sa séance du 21 février 1855, la proposition de la Bavière d'établir un seul Code de commerce pour toute la Confédération. Le comité chargé d'examiner cette proposition en a proposé la convocation pour le 15 janvier 1857.

D'un autre côté, le gouvernement prussien a fait élaborer à Berlin, par une commission, un projet de Code de commerce pour la monarchie, et il a l'espoir de voir ce Code adopté par les autres États allemands.

ORGANISATION JUDICIAIRE ET DROIT PÉNAL.

La question de la peine capitale continue à être agitée devant la législature anglaise. En avril 1856, M. Dillwyn a proposé à la Chambre des communes d'abolir la publicité des exécutions capitales; vœu que la Prusse et quelques autres pays allemands ont réalisé dans leurs nouveaux Codes criminels. A la Chambre des lords, et sur la motion de l'évêque d'Oxford, un comité a été nommé le 9 mai 1856, pour s'enquérir sur le mode actuel des exécutions capitales.

Quant à M. Ewart, le partisan connu de l'abolition de la peine de mort, il vient encore une fois d'échouer dans sa généreuse tentative. La Chambre des communes a rejeté sa motion (10 juin 1856) par 158 voix contre 64, qui avaient voté en sa faveur.

— Le *Moniteur toscan* du 11 avril 1856 contient un décret modifiant le Code pénal. Le parlement piémontais est saisi d'un semblable travail.

— Le ministère de la justice en Belgique vient (23 avril 1856) de déposer aux Chambres une nouvelle loi sur l'organisation judiciaire.

— La session actuelle (avril 1856) des Chambres bavaroises sera occupée par la discussion de plusieurs lois importantes, parmi lesquelles figurent la réforme judicaire, la révision des lois pénales et un nouveau Code militaire.

— DRESDE, le 9 décembre. — Le dernier *Bulletin des lois* du royaume de Saxe a publié un décret du ministère de la justice qui a pour objet de compléter les dispositions de la loi du 11 août 1855 relative à la nouvelle organisation judiciaire de la Saxe. Ce décret fait connaître la répartition entre les divers cercles judiciaires de tous les centres de population du royaume, qui se trouve divisé désormais en quatre Cours d'appel, dix-neuf tribunaux de première instance et cent seize justices de paix.

— Les travaux concernant le nouveau Code pénal russe viennent d'être terminés à Saint-Pétersbourg, et on s'attend à leur publication prochaine par le ministère de la justice. KŒNIGSWARTER.

TABLE DES MATIÈRES

PAR ORDRE ALPHABÉTIQUE.

Pages.

Académie de législation. V. Chronique.
Actes juridiques. V. Erreur de droit.
Action en redressement. V. Compte judiciaire.
Action paulienne. — Exception apportée en matière de partage au principe de l'action paulienne ou révocatoire. 450
Agrégation aux Facultés de droit. V. Chronique.
Bibliographie. — Commentaire sur les priviléges et hypothèques de M. Paul Pont. 87
— Code complet de l'expropriation pour cause d'utilité publique de MM. Malapert et Protat. 285
— De la Chambre du conseil en matière civile et disciplinaire, par M. Bertin. 464
— Questions théoriques et pratiques sur la transcription. . 475
— Nouveau Code annoté de la presse, par M. Gustave Rousset; article de M. Berriat-Saint-Prix. 567
Biens dotaux. — Les obligations contractées par une femme mariée sous le régime dotal peuvent-elles être exécutées, après le mariage, sur les biens dotaux? 1
Bonne foi. V. Erreur de droit.
Centuries. V. Comices.
Chambre du conseil. V. Bibliographie.
Chronique. — Académie de législation de Toulouse. . . . . 96 et 479
— Concours d'agrégation pour les Facultés de droit de Paris. 570
Chronique étrangère. — Droit civil et commercial; Droit pénal. 574
Clause de franc et quitte. V. Reprises et prélèvements.
Codes annotés de la presse. V. Bibliographie.
Codification. — De la lettre des lois, ou de la rédaction et de la codification rationnelles des lois. 324
Comices. — Transformation des comices par centuries, instituées par Servius Tullius. 244
Communauté légale. V. Reprises et prélèvements.
— V. Hypothèque légale.
Compétence. — De la compétence du juge répressif sur les questions civiles préjudicielles. . . . . 282 et 459
Compte judiciaire. — De l'action en redressement de compte judicaire. 433
Constitution de la famille. — Influence du droit canonique sur la constitution de la famille. 224

Pages.
Créancier. — De l'exercice des droits d'un débiteur par son créancier. 208
Déconfiture. V. Hypothèque légale.
Demante (Antoine-Marie). V. Nécrologie.
Droit canonique. V. Procédure civile.
— V. Constitution de la famille.
Droit fiscal. — Du privilége et de l'hypothèque en matière de droits d'enregistrement. 538
Droit pénal. — Personne civilement responsable. — Interrogatoire. — Droit de défense. 443
Erreur de droit. — De l'influence de l'erreur de droit sur les différents actes juridiques. 178
— De l'influence de l'erreur de droit quant à l'appréciation de la bonne foi. 199
Expropriation pour cause d'utilité publique. V. Bibliographie.
Faillite. V. Hypothèque légale.
Femme. V. Mariage.
Femme mariée. V. Biens dotaux.
Héritiers légitimes. V. Succession.
Hypothèque. — V. Droit fiscal.
Hypothèque légale. — L'hypothèque légale de la femme peut, en cas de faillite ou de déconfiture du mari, être exercée sur les conquêts de la communauté, sans attendre que la femme ait renoncé. 481
— V. Subrogation.
Inscription hypothécaire. V. Subrogation.
Legs conditionnels. V. Substitution.
Lois. V. Codification.
Mariage. — Recherches historiques sur l'institution du mariage, sur l'état de la femme et le régime nuptial 155
Nationalité. — De l'effet de la naissance en France sur la nationalité. . 57
Nécrologie. — Antoine-Marie Demante. 564
Partage. V. Action paulienne.
Priviléges et hypothèques. V. Bibliographie, Droit fiscal.
Procédure civile. — Études historiques; influence du droit canonique. 19
Questions préjudicielles. V. Compétence.
Rédaction de la loi. V. Codification.
Régime dotal. V. Biens dotaux.
Régime nuptial. V. Mariage.
Renonciation à la communauté. V. Hypothèque légale.
Reprises et prélèvements. — Études sur les reprises et prélèvements. . 411
— De la nature du droit appartenant à la femme dans le cas de communauté légale. 487
— De la nature du droit appartenant à la femme renonçante dans le cas de stipulation de reprises d'apports. 522
Responsabilité civile. V. Droit pénal.
Saisine. V. Succession.
Servius Tullius. V. Comices.

Pages.

Subrogation. — De la publicité des subrogations à l'hypothèque légale de la femme, 1° d'après le Code Napoléon. 97
2° D'après la loi du 23 mars 1855 sur la transcription. . . 136

Substitutions. — Les substitutions étant de même nature que les legs conditionnels, ceux-ci sont nuls et irritants quand ils dégénèrent en substitutions. 289

Successions. — Notion de l'hérédité et de la saisine des héritiers légitimes. 371

Transcription. V. Bibliographie.

Tribunaux répressifs. V. Compétence.

TABLE DES ARTICLES

PAR NOMS DES AUTEURS.

Pages.

ANCELOT : Études sur les reprises et les prélèvements. 411

CH. BERRIAT-SAINT-PRIX : Compte rendu sur le nouveau Code annoté de la presse, de M. Gustave Rousset. 507

A. BERTAULD : De la compétence du juge répressif sur les questions civiles. 459

CH. BEUDANT : De l'effet de la naissance en France sur la nationalité. . 57

EUGÈNE BIMBENET : Nouvelles recherches sur l'état de la femme, l'institution du mariage et le régime nuptial. 155

BOUTRY-BOISSONADE : De l'exception apportée, en matière de partage, au principe de l'action paulienne ou révocatoire. 450

COIN-DELISLE : Compte rendu sur le Code complet de l'expropriation pour cause d'utilité publique, par MM. Malapert et Protat. 285

Examen doctrinal d'arrêts sur les substitutions. 289

DORLENCOURT : Compétence. — Questions préjudicielles. 282

CH. FERAUD : De la chambre du conseil en matière civile et disciplinaire, par M. Bertin. — Compte rendu. 464

GIRARD DE VASSON : Personnes civilement responsables. — Interrogatoire. — Droit de défense. 443

A. HUREAUX : Études sur le Code civil. Notion de l'hérédité et de la saisine des héritiers légitimes. 371

JOCCOTTON : De l'action en redressement de compte judiciaire. 433

KŒNIGSWARTER : Chronique étrangère. 575

LAFERRIÈRE : Concours d'agrégation pour les Facultés de droit. 570

J.-E. LABBÉ : Les obligations contractées par une femme mariée sous le régime dotal peuvent-elles être exécutées, après le mariage, sur les biens dotaux? Dissertation. 1

De l'exercice des droits d'un débiteur par son créancier. 208

FL. MIMEREL : Compte rendu sur les Questions théoriques et pratiques sur la transcription de MM. Rivière et Huguet. 475

OUDOT : Nécrologie; Antoine-Marie Demante. 564

PAUL PONT : Chronique. 96, 479, 570

Examen doctrinal de la jurisprudence en matière civile : — Du mode à suivre, soit d'après le Code Napoléon, soit d'après la loi du 23 mars 1855 sur la transcription, pour rendre publique la subrogation dans l'hypothèque légale de la femme. 97

Pages.

Examen doctrinal de la jurisprudence en matière civile : — Discussion de quelques systèmes particuliers sur la question relative aux prélèvements et reprises de la femme mariée en communauté. 481

ERNEST POCHONNET : De l'erreur de droit. 178

G. ROUSSET : De la lettre des lois, ou de la rédaction et de la codification rationnelles des lois. 324

SELIGMAN : Transformation des comices par centuries, instituées par Servius Tullius. 244

SERRIGNY : Du privilége et de l'hypothèque en matière de droits d'enregistrement. 538

THÉOPHILE HUC : Études historiques sur la procédure civile. 19

Influence du droit canonique sur la constitution de la famille. 224

DE VALROGER : Compte rendu du Commentaire-Traité sur les priviléges et hypothèques de M. Paul Pont. 87

Ex, E.H.R

Paris. — Imprimé par E. THUNOT et Cᵉ, rue Racine, 26.